



جامعة الإمارات العربية المتحدة  
مَجَلَّة  
الشريعة والقانون



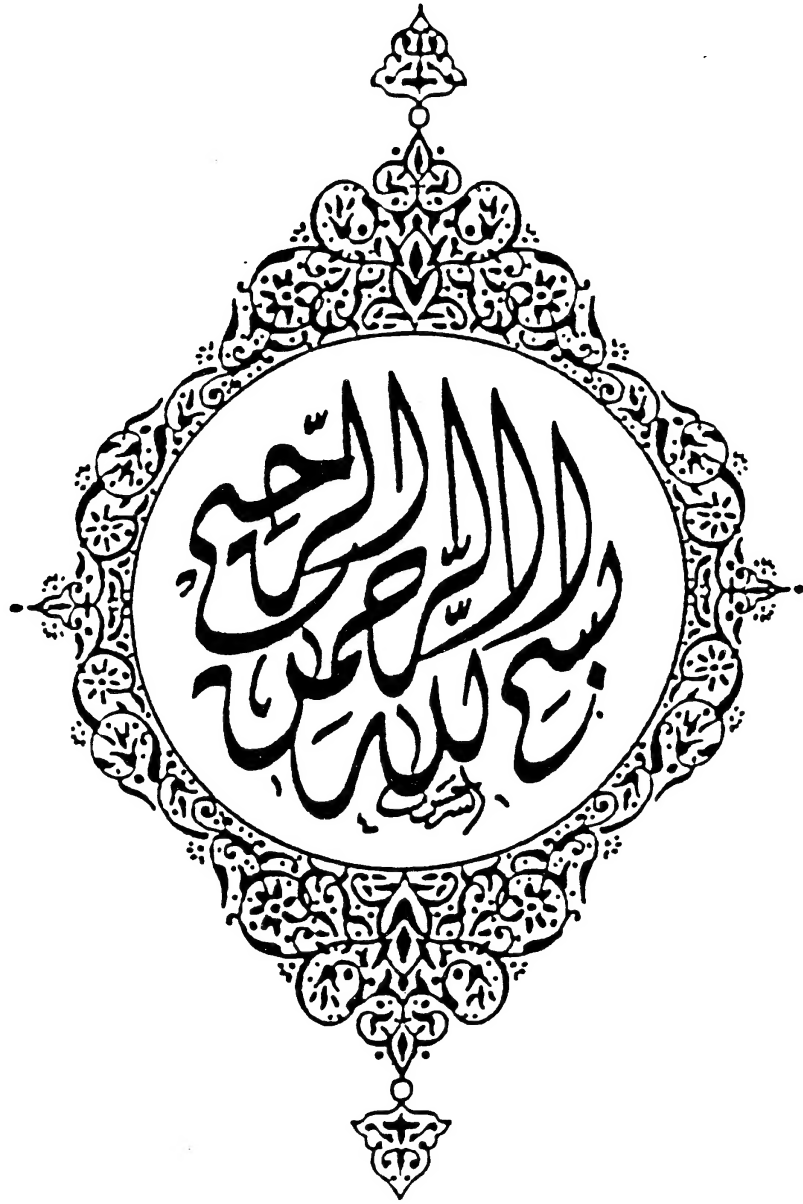
« جَوْلِيَّة مَحْكَمَة »

صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في      حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم  
الفقه الإسلامي .      في محاربة المسلمين .  
المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي .      حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي .

*Positive Approach To The Disputes Over The Three Islands*

العدد العاشر جمادى الثاني / رجب ١٤١٧ هـ - نوفمبر ١٩٩٦ م









بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾

صدق الله العظيم

ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي :  
دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة الإمارات العربية المتحدة -  
كلية الشريعة والقانون - العين - ص ٠ ب ١٥٥٥١ - هاتف ٦٤٣٩٩٨

جميع الآراء في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها ،  
ولا تعبر عن وجهة نظر هيئة التحرير أو الجامعة .

## هيئة التحرير

- الأستاذ الدكتور / محمد أبو العلا عقيدة رئيس التحرير
- السيد الدكتور / بطي سلطان المهيري نائب رئيس التحرير  
وسكرتير التحرير
- الأستاذ الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار عضواً
- السيد الدكتور / جاسم علي سالم الشامسي عضواً
- السيد الدكتور / نجيب عبد الوهاب أحمد عضواً

الأبحاث مرتبة وفق اعتبارات فنية بحثية لا علاقة لها بقيمة  
البحث العلمية ولا بمكانة الباحث . .

## المحتويات

- أهداف المجلة، قواعد النشر..... ٩ - ١٠
- تصدير
- للأستاذ الدكتور رئيس التحرير..... ١١ - ١٢
- صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي
- د. محمد عثمان شبير..... ١٥ - ٩٠
- حكم قتل المدنيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين
- د. حسن عبدالغني أبو غدة..... ٩١ - ١١٧
- المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي
- د. أحمد صدقي محمود..... ١١٩ - ٢٤٨
- حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي
- د. علي خطار شطناوي..... ٢٤٩ - ٢٩٩

## دراسات باللغة الإنجليزية :

- نظرة موضوعية في النزاع بين إيران ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن الجزر الثلاث : أبو موسى، طناب الكبرى وطناب الصغرى.
- د. مدوس فلاح الرشيد..... 56 - 1



## أهداف المجلة وقواعد النشر

### أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

- ١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.
- ٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .
- ٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، سيما ما يختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي .
- ٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.
- ٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

### ثانياً : قواعد النشر :

- ١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي .
- ٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية، على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، ( ١٦-٣٢ ) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق .

- ٣- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألا يكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار كتابي يمهده الباحث بتوقيعه.
- ٤- ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.
- ٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.
- ٦- أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.
- ٧- أن يكون البحث مرقوماً على الآلة الكاتبة، أو بالحاسوب، أو مكتوباً بخط واضح، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه.
- ٨- يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعدّه، تعرف به، ويسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.
- ٩- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكّمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .
- ١٠- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز الشهرين من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.
- ١١- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .
- ١٢- يراعى في أولوية النشر مايلي :
  - أ - الأبحاث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية.
  - ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .
  - ج- تنوع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .



بسم الله الرحمن الرحيم

## تصديق

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه وسار على نهجه إلى يوم الدين . وبعد، فإنه ليسعدني إصدار العدد العاشر من "مجلة الشريعة والقانون"، الذي هو أحد منجزات العام الثامن عشر لإنشاء كلية الشريعة والقانون، ويواكب من حسن الطالع العام العشرين لإنشاء جامعة الإمارات العربية المتحدة، التي تسير بخطى حثيثة لتبلغ المكانة العلمية التي تبوأتها أرقى الجامعات في العالم.

وتلقى كلية الشريعة والقانون في مسيرتها العلمية الرائدة كل العون والتأييد والتشجيع من قبل سمو الرئيس الأعلى للجامعة، ومدير الجامعة، ونواب مدير الجامعة، وأمينها العام، لتواصل مسيرة العطاء المتميزة في مجالات التدريس والبحث العلمي وخدمة المجتمع.

وتسير الخطة الدراسية للكلية وفقاً للمبادئ العليا السامية التي تسير عليها دولة الإمارات الناهضة، وفي مقدمتها العمل على حسن تطبيق شرع الله، وعلى أن توافق القوانين الصادرة في الدولة ما جاء بأحكام الشريعة الفراء . وهو واجب على المشرع أن يراعيه عند إعداد القوانين، وهو ما ذكر صراحة في الدستور الاتحادي، وفي المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، والمادة الأولى من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

ولهذا فإن الدراسة والبحث العلمي في كلية الشريعة والقانون يقومان على

أساس المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والمعطيات التي تقوم عليها القوانين الحديثة . وهو ما تتميز به كذلك المجلة التي تصدرها الكلية حيث تضم في كل عدد صادر عنها مجموعة من الأبحاث المتميزة في المجالين الشرعي والقانوني باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية . وهو ما جعلها تتميز برسالتها وموضوعات أبحاثها، بصورة أدت إلى تزايد الطلب عليها على نحو مستمر من الباحثين والجهات العلمية المختلفة .

وتنشر مجلة "الشرعة والقانون" الأبحاث المتميزة لأعضاء هيئة التدريس بالكلية، وللباحثين من الجامعات العربية، وذلك بعد تحكيمها من قبل اثنين من المحكمين الثقة . وتعطي هيئة التحرير الأولوية للأبحاث التي تخدم قضايا الشرعة الإسلامية، ومجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة، ثم المنطقة العربية بصفة عامة . وتستلهم كلية الشرعة والقانون، فضلاً عن المجلة الصادرة عنها، في عملها الهدي القرآني العظيم : ﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون، وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون﴾ ، والهدي النبوي الكريم : " إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه" .

نسأل الله تعالى التوفيق والسداد في جميع أعمالنا،

وهو الهادي إلى سواء السبيل.

عميد كلية الشرعة والقانون

ورئيس التحرير

أ. د. محمد أبو العلا عقيدة

## البحوث والدراسات

مجلة الشريعة والقانون - العدد العاشر - ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م



صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

صيانة المديونيات  
ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور محمد عثمان شبير\*

---

\* أستاذ مساعد بكلية الشريعة - الجامعة الأردنية له العديد من البحوث والمؤلفات .



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

### مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه،  
ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.

أما بعد . . . فإن موضوع « صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه  
الإسلامي » من الموضوعات المهمة في وقتنا الحاضر، لأنه يشغل بال التجار  
وأصحاب رؤوس الأموال والقائمين على المؤسسات الاقتصادية الإسلامية: من بنوك  
وشركات ومصانع ، ويشكل مشكلة اقتصادية . ولذا تكثر حوله الأسئلة: فما حقيقة  
الدين وما أسباب تعثر المديونيات ومآلها في الإسلام في معالجة المديونيات المتعثرة؟  
لهذا أحببت أن أكتب في هذا الموضوع؛ لعلّي أسهم في حلّ هذه المشكلة .

ولما كان البعد الفقهي هو الأساس في هذا الموضوع، فقد رجعت إلى عدد وافر  
من المراجع والمصادر الفقهية التي تمثل أكثر المذاهب الفقهية ذيوياً، هذا بالإضافة  
إلى كتب التفسير وشروح الأحاديث النبوية الشريفة، وكتب اللغة وكتب القوانين  
المعاصرة.

وقد قسمت هذا البحث إلى : تمهيد، ومبحثين، وخاتمة:

تكلّمت في التمهيد عن حقيقة المديونيات وأسباب تعثرها .

وفي المبحث الأول : عن وسائل صيانة المديونيات من التعثر.

وفي المبحث الثاني : الوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة.

وفي الخاتمة لخصت أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان

حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون .

### تمهيد : في المديونيات وأسباب تعثرها :

قبل بيان منهج الإسلام في معالجة المديونيات المتعثرة لابد من بيان حقيقة الدين، وأسباب تعثر المديونيات .

### أولاً : حقيقة الدين وأسباب ثبوته في الذمة :

إن طبيعة البحث في موضوع معالجة المديونيات المتعثرة تقضي ببيان حقيقة الدين وأسباب ثبوته في الذمة :

#### ١- حقيقة الدين :

الدين في اللغة : مأخوذ من دين ( الدال والياء والنون) ترجع إلى أصل واحد -كما قال ابن فارس- وهو : الانتقياد والذل فيقال : دان الرجل للسلطان أي خضع وذل . ويقال: دنت الرجل وأدنته إذا أخذت منه ديناً، فأنا مدين ومديون . والدين فيه كل الذل، ولهذا قيل : " الدين ذل بالنهار وغم بالليل"<sup>(١)</sup> .

والدين في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين : أحدهما عام، والآخر خاص .  
أ- فالدين -بالمعنى العام- يطلق على كل ما يشغل ذمة المرء، ويطالب بالوفاء به من مال وغيره: كثمن المبيع والزكاة والصلاة والحج وغير ذلك .  
ولذلك عُرِّف بأنه : الذي ثبت في الذمة<sup>(٢)</sup> .

ب- والدين -بالمعنى الخاص- يطلق على ما يشغل ذمة المرء من مال، ويطالب بالوفاء به . ولذلك عُرِّف ابن عابدين بأنه: " ماوجب في الذمة بعقد أو

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣١٩، المصباح المنير للفيومي ١/٢٧٩، الكليات لأبي البقاء ٢/٣٢٧ .

(٢) معجم الأنهر شرح ملتقى الأبحر للامام ٢/٣١٥ .



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

استهلاك<sup>(١)</sup> . وعرفه ابن الهمام بأنه : " اسم مال واجب في الذمة يكون بدلاً من مال أتلّفه، أو قرض أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استنجار عين<sup>(٢)</sup> .

### ٢- أسباب الدين :

يتبين مما سبق أن أسباب الدين ترجع إلى الأمور التالية :

- أ- العقد : وهو سبب من أسباب ثبوت الدين في الذمة سواء كان بإرادة منفردة: كالوصية، أو بإرادتين : كالبيع بثمن مؤجل والسكّم وغير ذلك .
- ب- الفعل الضار: وهو كل فعل غير مشروع يفعله الإنسان بغيره مما يوجب الضمان: كالإتلاف والغضب وغير ذلك .
- ج- الفعل النافع : وهو كل فعل مشروع يؤديه الإنسان لغيره بشرط أن يأخذ عوضاً عنه: كمن التقط لقطه وأنفق عليها بإذن القاضي . فما يرجع به على صاحب اللقطة عند ظهوره يعتبر ديناً في ذمة صاحبها .
- د- النصوص الشرعية التي توجب على الإنسان التزاماً مالياً: كنفقة الزوجة ومهرها، ونفقة الأقارب وغير ذلك .

### ٣- البيع الآجل سبب رئيسي للدين في معاملات البنوك الإسلامية :

لما كان البيع الآجل هو أكثر الأسباب لثبوت الدين في ذمة المتعاملين مع البنوك الإسلامية فسأقتصر على تفصيل القول فيه .

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٧/٥ .

(٢) فتح القدير ٤٧١/٥ .

والبيع الآجل : هو البيع الذي يكون فيه أحد العوضين مؤجلاً كالسكك وهو بيع آجل بعاجل . وقد دل على جوازه قوله تعالى : ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ <sup>(١)</sup> فقد نزلت هذه الآية - كما قال ابن عباس - في السلم الذي كان يمارسه أهل المدينة <sup>(٢)</sup> . فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة المنورة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث قال لهم رسول الله : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » <sup>(٣)</sup> .

والبيع الآجل لا يقتصر على السلم، وإنما يطلق على كثير من البيوع منها بيع السلعة بثمن مؤجل وهو يسمى (بيع النسيئة) سواء أكان الثمن في هذا البيع مساوياً لثمن النقد أم زائداً عليه . وما يدل على جوازه قوله صلى الله عليه وسلم : « ثلاث فيهن البركة، البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع » <sup>(٤)</sup> . وروى السيدة عائشة رضي الله عنها : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، ورهنه درعه » <sup>(٥)</sup> .

وحكمة مشروعية البيع الآجل تظهر من خلال سياق آية المداينة، فقد جاءت بعد آيات النهي عن الربا المحرم الذي يحق المال؛ لتبين للمسلم الطريق الشرعي لتنمية المال وزيادته وصيانته عن الفساد والبوار <sup>(٦)</sup> .

(١) آية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) البحر المحيط لأبي حيان ٧٢٢/٢ .

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٤٢٩/٤ .

(٤) سنن ابن ماجه ٧٦٨/٢ ، وقال محمد فؤاد عبد الباقي : في إسناده صالح بن صهيب : مجهول ، وعبد الرحيم بن داود : حديثه غير محفوظ . ونقل المناوي في فيض القدير عن الذهبي : " حديث واه جداً " ، فيض القدير ٣٠٤/٣ .

(٥) صحيح مسلم ١٢٢٦/٣ .

(٦) بتصرف من تفسير الرازي ١٠٧/٧ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

ولما كان البيع بما فيه البيع الآجل قد يشتبه بالربا لوجود الزيادة فيه فقد قال تعالى : ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ <sup>(١)</sup> . قال الطبري : " فقد أحل الله الأرباح في التجارة والشراء والبيع وحرم الربا يعني الزيادة التي يزداد رب المال بسبب زيادته غريمه في الآجل وتأخير دينه عليه . يقول الله عز وجل وليست الزيادتان اللتان إحداهما من وجه البيع والأخرى من وجه تأخير المال والزيادة في الآجل سواء ، وذلك أنني حرمت إحدى الزيادتين ، وهي التي وجه تأخير المال والزيادة في الآجل وأحللت الأخرى منهما وهي التي وجه الزيادة على رأس المال الذي ابتاع به البائع سلعته التي يبيعها فيستفضل فضلها . فقال الله عز وجل « ليست الزيادة من وجه البيع نظير الزيادة من وجه الربا ؛ لأنني أحللت البيع وحرمت الربا ، والأمر أمري والخلق خلقي أقضي فيهم ما أشاء واستعبدتهم بما أريد ليس لأحد منهم أن يعترض في حكمي ولا أن يخالف أمري وإنما عليهم طاعتي والتسليم لحكمي » <sup>(٢)</sup> .

### فالزيادة في البيع الآجل تفترق عن الزيادة في الربا من عدة وجوه :

- أ- الزيادة في البيع الآجل جُعِلَتْ مقابل العمل والضمان ، فالبايع يبذل جهداً في شراء السلعة وتدخل في ضمانه بعد أن يمتلكها وإذا هلكت تهلك عليه ، في حين أن الزيادة في الربا لم تجعل مقابل شيء إلا الآجل ، فالمرابي لم يقدم على شراء سلعة ولم يضمن وإنما يبادل نقداً بنقد بزيادة .
- ب- الزيادة في البيع الآجل ربما لا تتحقق ؛ لأن العوضين غير متماثلين في حين أن

(١) آية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(٢) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري ٩٦/٣ .

الزيادة في الربا متحققة؛ لأن العوضين متماثلان فالربا نقود مقابل نقود مع زيادة لأجل الأجل .

ج - الزيادة في البيع الآجل جزء من ثمن السلعة الذي لا يتغير ولو تأخر المدين في السداد . في حين أن الزيادة في الربا مرتبطة بالأجل، تزيد بزيادته وتنقص بنقصانه .

#### ثانياً : أسباب تعثر المديونيات :

إن تعثر المديونيات من المصطلحات الحديثة التي لم يتداولها الفقهاء السابقون، وإنما عبروا عنها بتعذر حصول الدين<sup>(١)</sup>، وعبر عنها ابن تيمية بالعيب في الدين حيث قال : "فمتى كان المدين عاجزاً، كان هذا عيباً في الدين . . وهو عجز المشتري عن الأداء بالإفلاس"<sup>(٢)</sup> . ويمكن إرجاع أسباب تعثر المديونيات إلى مايلي :

#### ١- الإعسار :

الإعسار لغة : مصدر أعسر بمعنى افتقر . وأصل العسر يدل على الصعوبة والشدة . والعسرة تعسر وجود المال أو الإقلال منه<sup>(٣)</sup> .

والإعسار في الاصطلاح : عدم القدرة في الحال على أداء ما ترتب في الذمة من حقوق مالية<sup>(٤)</sup> .

والمدين المعسر يطلق على العديم : وهو الذي لا يجد شيئاً يقضي منه دينه . كما

(١) مغني المحتاج للشريني ١٥٨/٢ .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ١٥٤ .

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٢١/٤ ، المفردات للأصفهاني ٣٣٤ ، المصباح المنير للفيومي ٥٥٩/٢ .

(٤) معجم لغة الفقهاء لرواس قلنجي وقنبيبي ص ٧٧ .

## صيانة الهديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

يطلق على غير العديم: وهو الذي يجحف به الأداء: كمن يملك بعض الأعيان التي ينتفع بها، ولا يستغني عنها، فإن باعها لقضاء دينه تأثر بذلك <sup>(١)</sup>.

### ٢- الماطلة :

الماطلة لغة : من مطلت الحديد إذا مددتها وطولتها، ومنه مطله بدينه إذا سوّقه بوعده الوفاء مرة بعد أخرى <sup>(٢)</sup>.

والماطلة أو المطل : " تسريف القادر المتمكن من أداء الدين الحال " <sup>(٣)</sup> وبعبارة أخرى : امتناع المدين المؤسر عن أداء الدين الحال . ولذا فلا يعد المدين ماطلاً إذا كان معسراً- كما قال ابن حجر- : " يحرم على الغني القادر أن يطل بالدين بعد استحقاقه بخلاف العاجز " <sup>(٤)</sup> . وكذلك لا يعد المدين ماطلاً إذا امتنع عن أداء الدين المؤجل - كما قال الباجي- : " فلا يكون منع مالم يحل أجله من الديون مطلاً، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير مابيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ماجرت عليه عادة الناس " <sup>(٥)</sup> . وكذلك لا يعد المدين ماطلاً إذا تأخر عن السداد ليتمكن من بيع أمواله وعروضه <sup>(٦)</sup>.

والمطل ظلم ويستحق فاعله العقوبة لقوله صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني ظلم " وفي رواية : " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " <sup>(٧)</sup> أي يبيع للدائن أن يذكر

(١) القوانين الفقهية لابن جزي، ٣٥.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٣١/٥، المصباح المنير ٧٩٠/٢.

(٣) فيض القدير للمناوي ٥٢٣/٥.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٤٦٥/٤.

(٥) المنتقى للباجي ٦٦/٥.

(٦) البدائع للكاساني ١٧٣/٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٢٣/٢.

(٧) صحيح البخاري ٥٥/٣، ٨٥، صحيح مسلم ١١٩٧/٣.

مدينه بين الناس بالمطل وسوء المعاملة، ويبيح للحاكم عقوبته بالحبس والتعزير وغير ذلك مما سيأتي ذكره في المبحث الثالث. وقد عدَّ الهيثمي المطل كبيرة من الكبائر حيث قال : " عدَّ هذا كبيرة لم أره، لكنه صريح الحديث الأول ومابعده، إذ الظلم وحلَّ العرض والعقوبة من أكبر الوعيد، بل صرح جماعة من أئمتنا وزعموا فيه الاتفاق" <sup>(١)</sup> .

### ٣- الموت :

الموت لغة ضد الحياة، فيقال : مات الحي موتاً إذا فارقتة الحياة <sup>(٢)</sup> . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، ولذلك عرفه الجرجاني بأنه : " صفة وجودية خلقت ضدّاً للحياة " <sup>(٣)</sup> . وعرفه الدامغاني بأنه : " ذهاب الروح والأجل، وهو الموت الذي لا يعود صاحبه إلى الدنيا " <sup>(٤)</sup> .

فإذا مات الإنسان انقطع عن ماله، ووضع الورثة أيديهم على ماترك من أموال، ووجب عليهم قبل قسمة المال سداد الديون التي كانت على مورثهم مما ترك من أموال إذا كانت الديون حالة، أما إذا كانت الديون مؤجلة فتحل بالموت عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية؛ وذلك لأنه لا يجوز أن تبقى الديون في ذمة الميت لخوابها، ولا يجوز أن تكون في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموا بها <sup>(٥)</sup> .

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيتمي ٢٥٠/١ .

(٢) لسان العرب لابن منظور ٥٤٦/٣، المعجم الوسيط ٨٩٧/٢ .

(٣) التعريفات للجرجاني ٣٠٤ .

(٤) الوجوه والنظائر للدامغاني ٤٤٦ .

(٥) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٥، القوانين الفقهية ٣٤٦، الكافي لابن عبد البر ٨٢٥/٢، المعيار المعرب ٢٣١/٦ .

المفني ٤٨٢/٤، الإنصاف ٣٠٧/٥ .

## صيانة الهديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

وقد خالف في ذلك أحمد في رواية وأبو عبيد وإسحق وابن سيرين حيث قالوا :  
الدين المؤجل لا يحل بموت المدين إذا كان للميت ورثة، ووثقوا الدين برهن أو حميل  
أو غير ذلك؛ لأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على  
الورثة<sup>(١)</sup> بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " من ترك مالاً فلورثته " <sup>(٢)</sup> .

والراجح ماذهب إليه أحمد في رواية ومن معه من أن الدين المؤجل لا يحل بموت  
المدين إذا كان له ورثة، ووثقوا هذا الدين برهان أو حميل أو غير ذلك؛ لأن حق  
الدائن لم يتأثر بشيء .  
أما إذا لم يترك المدين المتوفى مالاً فلا يجب على الورثة قضاء دين مورثهم .  
وبذلك يتعثر سداد الدين .

### ٤- جحود الدين :

الجحود في اللغة : من جحد الحق وبالحق جحداً وجحوداً : أنكره ولا يكون إلا  
على علم<sup>(٣)</sup> .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، حيث قال النووي في معنى  
الجاحد: " من أنكر شيئاً سبق اعترافه به " <sup>(٤)</sup> .

فإذا جحد المدين الدين فقد تعذر حصول الدائن على دينه، وكان المدين آثماً

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٨٢، الإنصاف ٣٠٧/٥ .

(٢) الحديث رواه البخاري (٥/٨)، ومسلم (١٢٣٧/٣)، والترمذي (٤١٣/٤)، وأبو داود (٢٤٧/٣)، وابن ماجه (٨٠٧/٢) .

(٣) المصباح المنير ١٢٥/١ .

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ٥٠ .

ومرتكباً لكبيرة من الكبائر لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(١)</sup> . قال ابن عباس: هذا في الرجل يكون عليه مال، وليس عليه فيه بينة، فيجحد المال، ويخاصم إلى الحكام، وهو يعرف أن الحق عليه، وهو يعلم أنه آثم أكل حرام<sup>(٢)</sup> . وقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الذي أُؤْتِنَ أمانته وليتقِ اللهَ ربه﴾<sup>(٣)</sup> . قال ابن العربي في تفسير الآية : " إن أسقط الكتاب والإشهاد والرهن، وعول على أمانة المعامل، فليؤدِّ الذي أُؤْتِنَ أمانته فليتقِ الله ربه " <sup>(٤)</sup> .

#### هـ - كساد النقود أو انقطاع التعامل بها :

الكساد لغة : من كسد يكسد -من باب قتل- كساداً إذا لم يتفق لقلّة الرغبات فهو كاسد وكسيد<sup>(٥)</sup> .

والكساد في الاصطلاح : أن يبطل التداول بنوع من العملة، ويسقط رواجها في البلاد كافة<sup>(٦)</sup> .

فإذا أبطلت النقود وانقطع التعامل بها في جميع البلاد، فقد كسدت، وتعثر تحصيل الديون، لاختلاف الدائن مع المدين في قيمة تلك الديون وهل تقضى بالنقود الكاسدة؟ أم بقيمتها وهل تكون قيمتها يوم انعقاد العقد أو يوم كساد النقود؟ وما ينبغي التنبيه عليه أن معالجة المديونيات المتعثرة بهذا السبب تحتاج إلى بحث مستقل .

(١) آية ١٨٨ من سورة البقرة .

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢٢٥/١ .

(٣) آية ٢٨٣ من سورة البقرة .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٢/١ .

(٥) المصباح المنير ٧٣١/٢ .

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ١٠٨/١ ، شرح رسالة تنبيه الرقود على أحكام النقود لابن عابدين ص ٦ .



## **صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي**

### **المبحث الأول**

#### **وسائل صيانة المديونيات من التعثر**

تتضمن الشريعة الإسلامية عدة وسائل لضمان حق المدين وصيانتة من التعثر .  
ويمكن تقسيم ذلك إلى ثلاثة مطالب وهي : صيانة المديونيات من الجمود، وصيانتها من الإعسار، وصيانتها من الماطلة، وفيما يلي بيان وسائل صيانة كل سبب :

### **المطلب الأول**

#### **صيانة المديونيات من الجمود**

جاءت الشريعة الإسلامية بوسائل توثيقية لضمان حق الدائن وصيانتة من الجمود ومن هذه الوسائل :

#### **١- توثيق الدين بالكتابة :**

الكتابة لغة : الخط، وهو تصوير اللفظ بحروفه<sup>(١)</sup> . وهي في الاصطلاح : الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة<sup>(٢)</sup> .

والكتابة مشروعة حيث أمر الله تعالى بها في قوله : ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾<sup>(٣)</sup> . وقد استعملها النبي صلى الله عليه وسلم في جميع المجالات : من بيوع ومعاهدات وغير ذلك . فقد روى العداء بن خالد قال : كتب

(١) المصباح المنير ٧١٩/٢ .

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٤١٧ .

(٣) آية ٢٨٢ من سورة البقرة .

لي رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاباً جاء فيه : " هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبداً، أو أمة، لا داء ولا غائلة"<sup>(١)</sup> ولا خبثة بيع المسلم من المسلم"<sup>(٢)</sup>

وحكمة مشروعية كتابة الديون والعقود - كما قال السرخسي - :

أ- صيانة الأموال، وقد أمرنا بصيانتها ونهينا عن إضاعتها .

ب- قطع المنازعة، فإن الكتاب يصير حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، فيكون سبباً لتسكين الفتنة، ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن يخرج الكتاب وتشهد الشهود عليه بذلك، فيفضت في الناس .

ج- التحرز من العقود الفاسدة؛ لأن المتعاملين ربما لايهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها، فيحملها الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب .

د- رفع الارتياح ، فقد يشتهب على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل، فإذا رجعا إلى الكتاب لايبقى لواحد منهما رتبة، وكذلك بعد موتهما تقع الرتبة لوارث كل واحد منهما بناء على مظهر من عادة أكثر الناس من أنهم لا يؤدون الأمانة على وجهها، فعند الرجوع إلى الكتاب لاتبقى الرتبة بينهم"<sup>(٣)</sup> .

وقد اختلف العلماء في حكم كتابة الديون والبيوع الآجلة: فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى : استحباب الكتابة"<sup>(٤)</sup> ؛ لأن الأمر في

(١) الغائلة : الفجور، وقال قتادة : الغائلة : الزنا والسرقه والإباق .

(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣/٤٠٩، وسنن الترمذي ٣/٥٢٠ .

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٠/١٦٨ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٤٨١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٨٣، أحكام القرآن لالكنيا الهراس

١/٣٦٤، نهاية المحتاج للرملي ٨/٣٢١، المغني لابن قدامة ٤/٣٠٢ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

قوله تعالى : ﴿فاكتبوه﴾ قد قارنته قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب، وهي قوله تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه﴾<sup>(١)</sup>.

وذهب عطاء والشعبي والنخعي وابن حزم الظاهري إلى : وجوب الكتابة للأمر الوارد في الآية؛ والأمر يقتضي الوجوب<sup>(٢)</sup>.

والذي أميل إليه مذهب إليه جمهور الفقهاء من أن كتابة الديون مستحبة؛ لأن القول بالوجوب يوقع المسلمين في الحرج لكثرة مايقع بينهم من عقود ومدائنات. لكن إذا اشترط العقادان الكتابة لزمهما الوفاء بهذا الشرط؛ لأنه من الشروط التي تحقق مصلحة العاقلين. ولايتعارض مع نص من نصوص الشريعة الإسلامية.

### ٢- الإشهاد على الدين والعقود :

الإشهاد في اللغة الحضور<sup>(٣)</sup> وهو في الاصطلاح: "إخبار عن شيء بلفظ خاص"<sup>(٤)</sup> ويعبارة أخرى : " إخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي"<sup>(٥)</sup>.

والإشهاد في العقود والمدائنات مشروع بدليل قوله تعالى : ﴿وأشهدوا إذا تباعتم﴾<sup>(٦)</sup> وقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾<sup>(٧)</sup>.

(١) آية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣/٢٨٣، المحلى لابن حزم ٨/٤٦٧.

(٣) المصباح المنير ١/٤٤٣.

(٤) حاشية قليوبي ٤/٣١٨.

(٥) الدر المختار للحصنكي مع حاشية ابن عابدين ٥/٤٦١.

(٦) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٧) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.

وحكمة مشروعية الإشهاد -كما قال ابن قدامة- : لأنه أقطع للنزاع، وأبعد عن التجاحد .

وقد اختلف في حكم الإشهاد كما اختلفوا في حكم الكتابة والراجح ماذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة من أنه مندوب، لكن إذا اشترطاه لزم الوفاء به .

### المطلب الثاني صيانة المديونيات من الإعسار

توجد عدة وسائل توثيقية لصيانة حق الدائن عند إعسار المدين ومن هذه الوسائل :

#### ١- الرهن :

الرهن لغة : الثبوت والدوام ويأتي بمعنى الاحتباس<sup>(١)</sup> . وهو في الاصطلاح " جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الاستيفاء "<sup>(٢)</sup> .

والرهن مشروع بدليل قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾<sup>(٣)</sup> . وروت السيدة عائشة رضي الله عنها : " أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه "<sup>(٤)</sup> .

حكمة مشروعية الرهن أنه وثيقة بدين للاستيفاء منه عند عجز المدين عن

(١) المصباح المنير ١/ ٣٣٠ .

(٢) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ١٩٣ .

(٣) آية ٢٨٣ من سورة البقرة .

(٤) صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٦ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

الوفاء، وهذا مما يحقق اطمئنان الدائن على أمواله كما يحقق للمدين تيسير الحصول على ما يحتاج إليه من أموال بالدين.

وحكم الرهن جائز وليس واجباً بالإجماع كما قال ابن قدامة<sup>(١)</sup>. لكن إذا اشترط في عقد من الدين أصبح واجباً؛ لأنه يحقق مصلحة الطرفين.

### **٢- الكفالة :**

الكفالة لغة : الضم والضمان<sup>(٢)</sup>. والكفالة والضمان والحماية والقبالة بمعنى واحد في استعمالات الفقهاء -كما قال السمناني- : " لافرق بين الكفالة والضمان والحماية والقبالة " <sup>(٣)</sup>. وتعرف الكفالة بأنها : " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين " <sup>(٤)</sup>.

والكفالة مشروعة بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾<sup>(٥)</sup> قال ابن الجوزي في تفسير الزعيم : الكفيل<sup>(٦)</sup>. وقال صلى الله عليه وسلم : " الزعيم غارم " <sup>(٧)</sup> أي أن الكفيل ضامن.

وحكمة مشروعية الكفالة أنها وثيقة بالدين يتوثق بها الدائن لاستيفاء دينه عند عجز المدين عن الوفاء، كما أنها تحقق مصلحة المدين في الحصول على المال

(١) المغني ٣٦٢/٤.

(٢) المصباح المنير ٧٣٦/٢.

(٣) روضة القضاة للسمناني ٤٥٠/١.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٦/٤.

(٥) آية ٧٢ من سورة يوسف.

(٦) زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٢٥٩/٤.

(٧) سنن الترمذي ٢٦٨/٥.

بالدين . وهي مظهر من مظاهر التعاون بين المسلمين . قال الزاهد البخاري : " فيها إظهار الشفقة ومراعاة الأخوة ببذل الذمة ليضمها إلى الذمة فينفسخ وجه المطالبة ويسكن قلب المطالب بسبب السعة " (١) .

وحكم الكفالة أنها جائزة باتفاق الفقهاء كما قال ابن هبيرة وابن قدامة (٢) .  
وتصبح واجبة إذا اشروطها الدائن .

### ٣- اشتراط الاشتراك في التأمين التبادلي :

يلجأ البنك الإسلامي الأردني إلى إلزام المدين للبنك بالاشتراك في صندوق التأمين التبادلي الذي أنشأه . وينص نظام الصندوق على أن المشترك يسدد نسبة معينة من الدين المؤمن عليه في حساب خاص لهذه الغاية على سبيل التبرع بحيث لا يستطيع استرداده . ويستحق المشترك تعويضاً عند التعرض لخطر من الأخطار كالموت أو الإعسار ، فيدفع له من أموال الصندوق ما نسبته ( ٥٠ ٪ ) من رصيد دين المشترك القائم المؤمن عليه بحد أقصى خمسة آلاف دينار أردني .  
ويشترط فيمن يشترك في هذا الصندوق :

أ- أن يكون شخصاً طبيعياً ، فلا يقبل اشتراك شخص معنوي كشركة مساهمة .

ب- أن لا يتجاوز الدين مبلغ عشرين ألف دينار .

ويجوز تجاوز هذين الشرطين بقرار من المدير العام للبنك . وتنتهي علاقة

(١) محاسن الإسلام للزاهد البخاري ٩٤ .

(٢) الإنصاح لابن هبيرة ٣٨٥/١ ، المغني لابن قدامة ٥٩٣/٤ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

المشترك بالصندوق في حالة تسديد جميع الدين المؤمن عليه <sup>(١)</sup> .

**فما حكم اشتراط هذا الشرط على المدين للبنك الإسلامي؟**

إن هذا الشرط يتضمن أمرين :

الأول : اشتراط إخراج مبلغ من المال على سبيل التبرع للمساهمة في وجوه صرف صندوق التأمين التبادلي . وقد سبق وتكلمنا عن اشتراط إخراج صدقة تصرف للفقراء والمساكين . ورجحنا جواز ذلك : وهذا الشرط قريب منها .

الثاني : اشتراط قبول الهبات والتبرعات من الصندوق عند العجز عن الأداء . فقد نص الفقهاء على أن المدين لا يجبر على قبول صدقة أو هدية عند إعساره لسداد دينه . فقال الخرشي : " لا يلزم المفلس أن يتسلف مالاً لأجل غرمائه ولا قبول هدية ولا صدقة " <sup>(٢)</sup> . وقد علل ابن قدامة ذلك بقوله : " وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرة تأبها قلوب ذوي المروءات " <sup>(٣)</sup> .

ولكن قبول التعويض أو الهبات والتبرعات من صندوق التأمين التبادلي مختلف عن قبول الهبة والصدقة الفردية، فلا توجد في التأمين المعنى الذي ذكره ابن قدامة، وإنما يشتمل التأمين التبادلي على التعاون على البر والتقوى قال تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ <sup>(٤)</sup> . وليس فيه لأحد منة على أحد، لأن جميع المشتركين فيه معرضون للوقوع في خطر العجز عن الأداء . فيجوز اشتراط هذا الشرط لأنه يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين .

(١) انظر النظام الأساسي لصندوق التأمين التبادلي لدى البنك الإسلامي الأردني .

(٢) حاشية الخرشي ٢٧٠/٥، وانظر أيضاً : حاشية الدسوقي ٢٧٠/٣، تبين الحقائق ١٩٩/٥، كشف القناع ٤٤٠/٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤٩٦/٤ .

(٤) آية ٢ من سورة المائدة .

### المطلب الثالث

#### صيانة المديونيات من المماطلة

ظهرت في هذا العصر عدة وسائل لصيانة حق الدائن من مماطلة المدين . ومن هذه الوسائل:

#### الوسيلة الأولى : الشرط الجزائي في الديون :

الشرط الجزائي من المصطلحات الحديثة التي لم تكن متداولة لدى فقهاء المسلمين السابقين، وإنما دخل مجال القوانين المدنية المعمول بها في الدول العربية نتيجة التأثير بالقوانين الوضعية الغربية، ويقصد به حماية حق الدائن والحصول عليه في الوقت المحدد . فما حقيقة هذا الشرط وما حكمه؟ وهل توجد صور له في الفقه الإسلامي؟ هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث.

#### أولاً : حقيقة الشرط الجزائي :

إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره فلا بد أن يسبق الحكم على الشرط الجزائي بيان حقيقته والتي تتضمن تعريفه وخصائصه وأغراضه ومجالاته وشروطه . وفيما يلي بيان لذلك :

#### ١- تعريف الشرط الجزائي وخصائصه :

الشرط الجزائي : " اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق، وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخير عنه فيه " (١) .

وبهذا التعريف يختص الشرط الجزائي بما يلي :

أ- الشرط الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند الإخلال بالالتزام . وهو بهذا يختلف عن الغرامة التعويضية التي يحكم بها القاضي على المدين بعد الإخلال (٢) .

ب- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض عن الضرر الذي سيلحق الدائن نتيجة إخلال المدين بالالتزام . ولذلك قد يكون المبلغ المتفق عليه كبيراً لا يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وقد يكون قليلاً . ففي حالة كبر التعويض الاتفاقي يجوز للقاضي تعديله، بحيث يكون متناسباً مع الضرر . أما في حالة قلة التعويض فلا يجوز تعديله بالزيادة عليه (٣) كما جاء في المادة (٢٢٥) مدني مصري) : " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " .

ج- الشرط الجزائي اتفاق على مقدار التعويض سابق لوقوع الإخلال في الالتزام، وهو إما أن يدرج في العقد ويدخل ضمن بنوده، وإما أن يوضع في ملحق من ملحقات العقد . وهو بهذا يختلف عن الصلح عن الدين الذي يحصل بعد الإخلال بالالتزام، أو ما يسمى بتجديد الدين (٤) .

(١) نظرية الالتزام في القانون المدني المصري لأحمد حشمت أبو ستيت ٤٤٢، النظرية العامة للالتزام لجميل الشرقاوي ٥٦/٢ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للتسوي ٨٦٦/٢ .

(٣) النظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٦١/٢ .

(٤) نظرية الالتزام لأحمد حشمت أبو ستيت ٤٤٢ .

د- الشرط الجزائي عقوبة تترتب على إخلال المدين بالالتزام، وهي إما أن تكون مبلغاً من النقود : كالتعويض الاتفاقي، وإما غير ذلك : كتعجيل أقساط الدين المؤجلة إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها <sup>(١)</sup> . وهو بهذا يختلف عن العربون الذي يدفعه أحد المتعاقدين عن التعاقد بقصد استكمال إجراءات العقد، ويحسب ذلك العربون من الثمن إذا أمضى العقد .

هـ- الشرط الجزائي التزام تبعي، والمبلغ المتفق عليه ليس هو محل الالتزام الأصلي، وإنما هو تعويض اتفاقي يدفع للدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير عن الوقت المحدد . ويتربط على ذلك أن لا يطالب بذلك التعويض قبل المطالبة بالالتزام الأصلي، وأن مصير الشرط الجزائي يتبع الالتزام الأصلي، فإذا بطل هذا الالتزام بطل الشرط الجزائي، ولا يبطل الالتزام الأصلي بطلان الشرط الجزائي، كما يترتب على ذلك أن فسخ العقد يترتب عليه زوال الشرط الجزائي بأثر رجعي <sup>(٢)</sup> .

## ٢- أغراض الشرط الجزائي :

يهدف الشرط الجزائي إلى تحقيق الأغراض التالية <sup>(٣)</sup> .

أ- ضمان تنفيذ العقد وعدم الإخلال بموجبه، فإن وجود الشرط الجزائي يحمل المدين على عدم التهاون بالعقد وآثاره .

(١) الوسيط للسنيهوري ٨٥٢/٢ .

(٢) نظرية الالتزام لأحمد أبوستيت ٤٤٦ .

(٣) انظر : النظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٥٧/٢، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام لعبد المجيد الحكيم ٣١/٢، الشرط الجزائي لزكي الدين شعبان ١٢٦، الشرط الجزائي لتجاري عبدالله ص ١٤، والشرط الجزائي للروشد ص ٦١ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

- ب- تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وما فيه من إجراءات قضائية طويلة ومصاريف باهظة.
- ج- تجنب المتعاقدين تدخل القضاء في تقدير التعويض المترتب على الضرر الذي سيلحق الدائن.
- د- إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه.

### ٣-أنواع الشرط الجزائي وصوره :

- الشرط الجزائي متعدد الصور، ويمكن تصنيفها في نوعين :
- النوع الأول : ماهو مقرر لعدم تنفيذ الأعمال، والنوع الثاني: ماهو مقرر لتأخير الوفاء بالتزامات. وفيما يلي بيان لذلك :

#### النوع الأول : الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها :

ويندرج تحته عدة صورة منها :

- الصورة الأولى : الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة، والذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن الوقت المحدد .
- الصورة الثانية : الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل، والذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجره العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة .
- الصورة الثالثة : الشرط الجزائي المقترن بعقد إجارة أرض زراعية، والذي يتضمن تعويض المؤجر عن تأخير تسليم الأرض الزراعية خالية

من الزراعة عن وقت انتهاء مدة الإجارة<sup>(١)</sup> .

**النوع الثاني : الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون**

**محلها مبلغاً من النقود كالديون : ويندرج تحته صورتان :**

**الصورة الأولى : الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع أجل أو عقد قرض، والذي**

**يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير، أو عن كل شهر،**

**أو عن كل سنة، أو غير ذلك مما يتفق عليه<sup>(٢)</sup> .**

**الصورة الثانية : الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع التقسيط، والذي يتضمن**

**تعجيل باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها<sup>(٣)</sup> .**

**٤- شروط استحقاق الشرط الجزائي " التعويض الاتفاقي " :**

لما كان الشرط الجزائي التزاماً تبعياً وليس أصلياً فلا يستحق بمجرد النص على

اشتراطه، وإما يتسحق بتوافر شروط معينة: من وقوع المدين في الخطأ، ولحوق

الضرر بالدائن، وغير ذلك مما سنفصله<sup>(٤)</sup> :

أ - وجود خطأ من المدين . أما عند عدم وجود هذا الخطأ فلا يستحق الدائن

هذا التعويض، ويقع عبء إثبات الخطأ على الدائن .

ب- أن يصاب الدائن بضرر، فإذا لم يوجد ضرر فلا يستحق الدائن هذا

التعويض . ويقع عبء إثبات عدم وقوع الضرر بالدائن على المدين . لأن

القانون افترض وقوع الضرر بالدائن بمجرد التأخير، فلا يحتاج إلى إثبات،

(١) الوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢ .

(٢) النظرية العامة للالتزام لحجازي ١٦٨/٣ .

(٣) الوسيط للسنهوري ٨٥٢:٢ .

(٤) الوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢، النظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٤٠/٢ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

وعلى المدين أن يثبت عدم وقوع الضرر.

ج - أن تتوافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الضرر الذي لحق الدائن بسبب خطأ المدين، أما إذا كان هذا الضرر بسبب أجنبي فلا يستحق الدائن التعويض.

د - أن يتم إعذار المدين وإخطاره بتنفيذ الالتزام وإلا وقع عليه الشرط الجزائي. أما إذ لم يتم الدائن بإعذاره فلا يكون مستحقاً للتعويض.

### ثانياً: حكم الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون في الفقه الإسلامي

بيننا سابقاً أن الشرط الجزائي نوعان : نوع يتعلق بتنفيذ الأعمال وهو خارج عن موضوع بحثنا<sup>(١)</sup>. ونوع يتعلق بالديون وهو الذي سأفصل القول فيه، وفيما يلي بيان لأحكام بعض الصور التي تتعلق به :

(١) إذا كان محل الالتزام عملاً من الأعمال واتفق طرفا العقد على شرط جزائي: مثل ما إذا أخل المفاوض بالتزامه دفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً من النقود، وإذا أخل الأجير بالتزاماته حسم صاحب العمل من أجرته مبلغاً معيناً من المال. فإن هذا الشرط جائز في وجهه عند بعض الفقهاء. وقد أفتى بجوازه كثير من العلماء والهيئات ولجان الفتوى: مثل إدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، ودار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي، والدكتور زكي الدين شعبان. واستندوا في جواز ذلك إلى مايلي :

أ- ما روى البخاري في صحيحه عن محمد بن سيرين: أنه قال رجل لكرهه : رَحَلْ رَكابك، فإن لم أرَحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج. فقال شريح القاضي : " من شرط على نفسه طائناً غير مكره فهو عليه " ( عمدة القاري مع صحيح البخاري ٢١/١٤ ).

ب- ولأن هذا الشرط مما يقتضيه العقد ويحقق مصلحة العاقدين؛ إذ أنه يحفز على إكمال العقد في وقته المحدد.

(انظر : بحث الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٢١٤/١. والشرط الجزائي للشيخ عبد الحميد السائح، مجلة البنوك في الأردن، ص. ١٠، والشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان ضمن مجلة الحقوق والشرعة، العدد الثاني، ص. ١٤٠).

**الصورة الأولى : حكم الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد:**

إذا اتفق الدائن مع المدين على تعويضه مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير؛ فإن هذا الشرط لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء لأنه صريح الربا كما قال الخطاب: " إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا . فهذا لا يختلف في بطلانه: لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة " . وقد أنكر على من قال بوجوب الوفاء به واعتبر ذلك من الغفلة حيث قال : " وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام، وما أظن ذلك إلا غفلة منه " <sup>(١)</sup> .

ومن هذا يتبين أن الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون يعتبر ربا نسيئة وهو محرم بنص القرآن الكريم والإجماع .

١- فمن القرآن قوله تعالى : ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ <sup>(٢)</sup> . فالربا المنهي عنه هو ربا الجاهلية وهو - كما قال قتادة- : " إن ربا الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى فإذا حلّ الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاد وأخر " <sup>(٣)</sup> . وقال ابن القيم : " فأما الربا الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية مثل : أن

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ١٧٦ .

(٢) آية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(٣) تفسير الطبري ٦٧/٣، فتح الباري لابن حجر ٣١٣/٤ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاد في المال، حتى تصير المائة عنده  
آلافاً مؤلفة " <sup>(١)</sup> .

أما ماروي عن بعض فقهاء الشافعية والمالكية من أن الربا الذي نزل  
به القرآن مجمل غير واضح فغير صحيح كما قال الكياهراس : " والصحيح  
أن الربا غير مجمل والذي كان في الجاهلية كان القرض بزيادة، وما كانوا  
يؤجلون إلا بزيادة في نفس النسيء " <sup>(٢)</sup> . وقال ابن العربي : " إن من زعم  
أن هذه الآية مجملة لم يفهم مقاطع الشريعة فإن الله تعالى أرسل رسوله  
صلى الله عليه وسلم إلى قوم هو منهم بلغتهم وأنزل عليهم كتابه -تيسيراً  
منه- بلسانه ولسانهم وقد كانت التجارة والبيع عندهم من المعاني  
المعلومة، فأنزل عليهم مبيناً لهم ما يلزم فيها ويعقدونها عليه . . والربا  
في اللغة الزيادة والمراد في الآية كل زيادة لم يقابلها عوض . . " <sup>(٣)</sup> .

٢- وقد نقل الإجماع على تحريم ربا النسيئة بالمعنى السابق المتضمن لزيادة  
لأجل الأجل كثير من الفقهاء منهم الجصاص حيث قال : " ولا خلاف أنه لو  
كان عليه ألف درهم حالة، فقال له : أجلني أزيدك فيها مائة درهم؛ لا يجوز  
لأن المسألة عوض عن الأجل كذلك الخط في معنى الزيادة إذ جعله عوضاً  
من الأجل وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الأبدال عن الآجال " <sup>(٤)</sup> .

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ١٥٤/٢ .

(٢) أحكام القرآن للاكياهراس ٣٥٦/١ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٢/١ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١ .

وقال ابن عبد البر : " أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الربا الذي نزل بالقرآن تحريمه : هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينياً أو عرضاً، وهو معنى قول العرب : إما أن تقضي، وإما أن تربى"<sup>(١)</sup> . وقال ابن قدامة : " الربا على ضربين : ربا الفضل وriba النسيئة . وأجمع أهل العلم على تحريمهما"<sup>(٢)</sup> .

وقد قال بعدم جواز هذا الشرط كثير من العلماء المعاصرين منهم الشيخ زكي الدين شعبان والشيخ الزرقا، والدكتور الصديق الضرير، فقال الشيخ الزرقا: " إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير، وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقاً يعادل سعر الفائدة، فلذلك لايجوز في نظري"<sup>(٣)</sup> . وقال الدكتور الصديق الضرير : " لايجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محدداً أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء أسمى هذا المبلغ غرامة أو تعويضاً أو شرطاً جزائياً لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه"<sup>(٤)</sup> .

ولهذا لم تأخذ به بعض القوانين المدنية العربية؛ لأنه ربا محرم، ومن هذه

(١) الكافي لابن عبد البر ٦٣٣/٢، وانظر القوانين الفقهية لابن جزي، ٢٧٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٣/٤.

(٣) مقال : هل يقبل شرعاً الحكم على المدين الماثل بالتعويض على الدائن، ضمن مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص ٩٥.

(٤) في فتوى له بشأن الشرط الجزائي على سؤال موجه من بنك البركة وهي منشورة في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبدالعزيز، العدد (١) المجلد (٣)، ١٤٠٥ هـ ص ١١٢.



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

القوانين القانوني المدني الكويتي، والقانون المدني الأردني<sup>(١)</sup>.

بهذا يتبين أن الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على مقدار التعويض لأجل التأخير لا يجوز شرعاً إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود؛ لأنه ربا نسيئة. ولا يجوز أيضاً ما يسمى اليوم "بجدولة الديون" لأنها تتضمن زيادة الدين لأجل تأخير الأجل.

### **الصورة الثانية : حكم اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر :**

إذا اشترط الدائن على المدين في حالة امتناعه عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وكان موسراً، ولحق الدائن ضرر بسبب هذا الامتناع؛ أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي لحق بالدائن يقدره أهل الخبرة بذلك، أو يتفق عليه فيما بعد بين الدائن والمدين، أو يقرره القاضي : فهل يجوز مثل هذا الشرط؟

قبل أن أبين الحكم الشرعي في هذا الشرط أود أن أنبه إلى أن البنك الإسلامي الأردني قد وضع هذا الشرط في عقود ونصه : " يشترط في حالة حلول أجل الالتزامات المترتبة في ذمتنا إلى البنك، وامتناعنا عن الوفاء، ورغم يسرنا يحق للبنك أن يطالبنا بما لحقه من ضرر ناشئ، أو متعلق بواقعة امتناعنا عن الوفاء في مدة الماطلة. وفي حالة عدم اتفاقنا مع البنك على تقدير الضرر تحال مطالبة البنك إلى التحكيم المبحوث عنه في العقد الأساسي المذكور، مع العلم بأنه من المفهوم والمتفق عليه بيننا أنه يعتبر موسراً من يملك أموالاً منقولة، أو غير منقولة لا يمنع الشرع الإسلامي والقوانين والأنظمة المعتمدة من التصرف بها، سواء كانت مرهونة

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٢٧٦، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٤٠٠/١.

لأمر البنك أو غير مرهونة مادامت تكفي لسداد الالتزامات المبحوث عنها أعلاه كلياً أو جزئياً. ويكون للبنك الحق في المطالبة بمقدار الضرر، دون الحاجة إلى توجيه إخطار عدلي أو إنذار أو تنبيه أو أي إجراء آخر " (١١) . فهل يجوز اقتران مثل هذا الشرط بالعقد؟ وهي يجب على المدين الوفاء به ؟

### اختلف العلماء المعاصرون في جواز هذا الشرط والوفاء به :

أ- فذهب الشيخ مصطفى الزرقا والدكتور الصديق الضرير والشيخ عبد الحميد السائح إلى جوازه ووجوب الوفاء به. فقال الشيخ الزرقا : " مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لتأخير المدين في مواعده مبدأ مقبول، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، بل العكس يوجد ما يؤيده، واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط: بأن لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئاً بماطلاً يستحق الوصف بأنه ظالم غاصب " (١٢) . وقال الدكتور الصديق الضرير: " يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء ، وهو قادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرره الناشئ عن تأخر المدين في الوفاء دون عذر مشروع لأن مثل هذا المدين ظالم. قال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم : (مطل الغني ظلم) فيكون حالة كحالة الغصب التي قرر الفقهاء فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المفضوعة، علاوة على رد الأصل . هذا رأي الأغلبية " (١٣) . وقال الشيخ السائح : " فإن وضع الشرط بالصيغة المذكورة

(١١) نموذج الشروط العامة للتعامل الصادر عن البنك الإسلامي بند (١٨) .

(١٢) مقال الزرقا السابق ص ٩٧ .

(١٣) فتوى له على سؤال موجه له من بنك البركة، وهي منشورة في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي عدده ١، المجلد ٣،

ص ١١٢ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

أعلاه<sup>(١)</sup> بعد اتفاق الطرفين المتعاقدين عليها يكون جائزاً؛ لأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، وللحديث الشريف المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً<sup>(٢)</sup> .

### وقد استدل هؤلاء العلماء بالأدلة التالية :

- ١- قوله صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني ظلم " وفي رواية : " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته"<sup>(٣)</sup> . فالغني والواجد بمعنى القادر على الوفاء، فإذا امتنع استحق حل عرضه: وهو ذمه بأنه ظالم، واستحق العقوبة بفرض تعويض للدائن عليه.
- ٢- قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار "<sup>(٤)</sup> عن مواعده يلحق بالدائن ضرراً، وهو حرمانه من منافع ماله في مدة التأخير. وهذا الضرر لا بد من إزالته عملاً بالقاعدة الفقهية: " الضرر يزال "<sup>(٥)</sup> وضرر حرمانه من منافع ماله لا يزال إلا بالتعويض.
- ٣- قياس تأخير المدين للوفاء بالدين على غصب العين المالية، بجامع أنه حجب المال ومنافعه ظلماً وعدواناً في كل . ولما كانت منافع العين المغصوبة مضمونة على الغاصب عند الشافعية والحنابلة-وهو الراجح- فإن منافع الدين الذي أخره المدين المماطل ينبغي أن تكون مضمونة

(١) المراد بهذا الشرط ما يشترطه البنك الإسلامي الأردني .

(٢) فتوى له على سؤال موجه من البنك الإسلامي الأردني، ومجلة البنوك في الأردن، مقال بعنوان الشرط الجزائي، ص ١١ .

(٣) مر تخريج الحديث في أسباب تعثر المديونيات- الماطلة .

(٤) سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢ . وقال : إسناده رجاله ثقات إلا أنه منقطع .

(٥) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ١٢٥ .

عليه . ومنافع الدين: هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة في التجارة، لو أنه قبض دينه في ميعاده، واستثمره بالطرق المشروعة كالمضاربة . فهذا الربح هو الذي ينبغي أن يضمه المدين ويقدر بالتعويض المالي <sup>(١)</sup> .

٤- إن من مقاصد الشريعة العامة وأسسها في تقرير الأحكام عدم المساواة بين الأمين والخائن، وبين المطيع والعاصي، وبين العادل والظالم، وبين من يؤدي الحقوق إلى أصحابها في مواقيتها ومن يجحدها . فعدم إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بالتعويض يتعارض مع هذا المقصد؛ لأنه يؤدي إلى المساواة بين الظالم العاصي والأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقاً عليه . وإذا تساوى معطي الحق ومانعه، أو معجله ومؤخره كان هذا مشجعاً لكل مدين أن يؤخر الحقوق، ويماطل فيها بقدر ما يستطيع <sup>(٢)</sup> .

٥- إن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، لقوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " <sup>(٣)</sup> وقول عمر رضي الله عنه : " مقاطع الحقوق عند الشروط " <sup>(٤)</sup> . واشتراط التعويض لمن لحق به الضرر على المدين المماطل شرط صحيح لازم؛ لأنه يتفق مع قواعد العدالة التي قررتها الشريعة الإسلامية . ولم يرد نهى عنه بخصوصه .

(١) مقال الشيخ الزرقا السابق ص ٩٤ .

(٢) من مقال الشيخ الزرقا السابق ص ٩٣ .

(٣) سنن الترمذي ٦٣٥/٣ ، وقال الترمذي : حسن صحيح .

(٤) صحيح البخاري ١٣٧/٦ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

ب- وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى عدم جواز هذا التعويض، ومن هؤلاء :  
الدكتور زكي الدين شعبان، والدكتور نزيه حماد . فقال الدكتور زكي الدين شعبان : " وتصوير الربا الذي حرمه الله على هذا الوجه يدخل فيه -بلا ريب- الفائدة التي يأخذها الدائن في مقابل التأخير في دفع ثمن المبيع الذي لم يدفعه المشتري عند حلوله وهي ماأجازها القانون الوضعي، وعرفت فيه بفائدة التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام"<sup>(١)</sup> . وقال الدكتور نزيه حماد : " أما اتجاه بعض الباحثين المعاصرين إلى القول بمشروعية الحكم على المدين المماطل بالغرامة المالية جزاء مطله لجبر الضرر الذي لحق بالدائن على أساس سعر الفائدة في المدة التي تأخر فيها عن وفاء الحق أو بمعيار عائد الاستثمار في تلك الفترة لدى مصرف من المصارف الإسلامية أو غيرها، أو بمقدار مافات الدائن من ربح معتاد في طرق التجارة العامة بأدنى حدوده العادية لو أنه قبض دينه في موعده واستثمره بالطرق المشروعة المتاحة: كالمضاربة والمزارعة ونحوها فليس بسديد، وما التعويض المالي للدائن في هذا الرأي إلا فائدة ربوية، مهما اختلفت التسميات وتنوعت مقاييس تقديره، ولا يحل استبدال التعويض الربوي المستقى من النظام الرأسمالي بالمؤيدات الشرعية التي نص عليها الفقهاء"<sup>(٢)</sup> .

وقد قال بعدم جواز هذا التعويض بعض المتخصصين في الاقتصاد والقانون: منهم الدكتور رفيق المصري ، والدكتور عبدالناصر العطار . فقال الدكتور رفيق المصري في تعقيبهِ على مقال الشيخ الزرقا : " إن هذه الاقتراحات أخشى أن تتخذ ذريعة في التطبيق العملي إلى الربا، فتصبح الفائدة الممنوعة نظرياً تمارس عملياً باسم

(١) بحث الشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان، ضمن مجلة الحقوق والشرعة، ص ١٣٧ .

(٢) بحث منهج الفقه الإسلامي في عقوبة المدين المماطل ، منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ١٤، ص ٢٢-٢٣ .

العقوبة (جزاء التأخير)، وينتهي الفرق إلى فرق في الصور والتخريجات فحسب.

وأرى أن هذا الاقتراح من جنس اقتراحات أخرى عصرية مماثلة تحوم حول الحمى وربما تؤول إلى الدخول من النوافذ بعد أن أقفل الباب، حتى إذا ما كثرت النوافذ المشرعة رجا بعضنا على الأقل العودة إلى الدخول من الباب الرسمي<sup>(١)</sup>. وقال الدكتور عبدالناصر العطار : " إن القانون المصري والسوري والعراقي واللبناني أجازوا أن يستحق الدائن عن تأجيل الوفاء بحقه أو تأخير الوفاء به فوائد ربوية وسماها تعويضاً قانونياً. والفوائد للربوية نوعان : تعويضية وتأخيرية. فالفوائد التعويضية: هي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه... أما الفوائد التأخيرية: فهي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود حل ميعاد استحقاقه وتأخر المدين في الوفاء... ومن الملاحظ أن الفوائد تعويضية أو تأخيرية هي ربا النسيئة المحرم في الإسلام والمسيحية واليهودية"<sup>(٢)</sup>.

### واستدل هؤلاء العلماء لما ذهبوا إليه بما يلي :

- ١- إن التعويض التأخيري ربا نسيئة محرم -كما بينا سابقاً-.
- ٢- إن العمل بالتعويض الربوي يؤدي إلى إقصاء المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين مما نص عليه الفقهاء من رفع الأمر إلى القضاء، ومعاقبة المدين المماطل بالحبس والتعزير وبيع أموال المماطل لتسديد دينه، وغير ذلك مما سيرد تفصيله في المبحث الثالث. وهذا الإقصاء مما لا يجوز شرعاً.

(١) تعقيب على مقال الشيخ الزرقا السابق، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مجلد ٢، عدد ٢، ص ١٥٤.

(٢) نظرية الالتزام في الشريعة والتشريعات العربية للعطار ٢٣١-٢٣٢.

**مناقشة الأدلة :**

**أ - مناقشة أدلة القائلين بجواز التعويض التأخيري :**

١- إن الاستدلال بحديث " مطل الغني ظلم " و " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " على جواز التعويض المالي غير مسلم؛ لأن الفقهاء فسروا العقوبة فيه بالحبس والتعزير، ولم يفسروها بالتعويض المالي؛ لأنه ربا -كما بينا سابقاً- قال النووي : " قال العلماء : يحل عرضه: يقول ظلمي ومطلني، وعقوبته : الحبس والتعزير"<sup>(١)</sup> . وقال ابن تيمية : " يعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصر بالضرب، حتى يؤدي الواجب . وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، ولا أعلم فيه خلافاً " <sup>(٢)</sup> . وقال المناوي : " عقوبته بأن يعزره القاضي على الأداء، بنحو ضرب أو حبس حتى يؤدي " <sup>(٣)</sup> . وقال الصنعاني : "عقوبته حبسه" <sup>(٤)</sup> .

٢- إن الاستدلال بحديث " لا ضرر ولا ضرار " على جواز التعويض المالي يجاب عنه : أن ليس كل ضرر يوجب الضمان، وإنما الذي يوجب الضمان هو الضرر المادي من الأذى في الجسم أو الإلتلاف في المال . وأما الضرر المعنوي من إصابة الإنسان في شرفه وعرضه، وامتناع المدين عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد : فلا يوجب تعويضاً مالياً- كما قال الشيخ علي الحفيف :- " أما النوعان الثاني والثالث - ويقصد بالثاني : الضرر الذي يصيب الإنسان في

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٢٢٧/١٠ .

(٢) السياسة الشرعية ضمن مجموع الفتاوي ٢٧٩/٢٨ .

(٣) فيض القدير للمناوي ٤٠٠/٥ .

(٤) سبل السلام للصنعاني ٥٥/٣ .

شرفه وعرضه، ويقصد بالثالث : امتناع المدين عن الوفاء بالالتزام- فليس فيها تعويض مالي على ماتقضي به قواعد الفقه الإسلامي؛ وذلك محل اتفاق بين المذاهب . وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على (الجبر بالتعويض) وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ لرد الحال إلى ماكانت عليه؛ إزالة للضرر وجبراً للنقص وذلك لايتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له؛ ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيئاً . وليس ذلك بمتحقق فيهما-أي في النوعين السابقين- ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى المال فيهما تعويضاً؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال لا في مقابله مال، وكان هذا من أكل أموال الناس بالباطل وذلك محظور<sup>(١)</sup> .

ولما كان ظلم المدين المماطل غير قابل للاستدراك بطريق الجبر بالتعويض، فقد سعت الشريعة الإسلامية لدرئه بواسطة " العقوبات الزواجر " . وهذا ماعنائه الحديث الشريف : " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " أي العقوبة الزاجرة التي تكفل رفع المفسدة واستئصالها من حياة الناس .

ولامحل للاعتراض على ذلك بأن العقوبة ههنا لا تجبر؛ لأن العقوبات الشرعية ليس من شأنها الجبر، ووظيفتها تنحصر في الزجر، فإذا عرف من يريد ارتكاب الجريمة أنه يسعاقب على ارتكابها، فإنه يكف عن المخالفة ويدفع فعل المحظور فيقع الازدجار العام الذي قصده الشارع من نظام العقوبات الشرعية<sup>(٢)</sup> .

(١) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٥٦ .

(٢) المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء د . نزيه حماد، ضمن كتاب دراسات في أصول المدائبات



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

٣- إن قياس التعويض التأخيري على ضمان منافع العين المغصوبة الذي قال به الشافعية والحنابلة قياس مع الفارق؛ لأنه يشترط في المنفعة التي تضمن أن تكون مالا يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصح أن يرد عليها عقد الإجارة -كما قال النووي- : " فكل عين لها منفعة تستأجر لها يضمن -أي الغاصب- منفعتها، إذا بقيت في يده مدة لها أجرة"<sup>(١)</sup> . وقال ابن مفلح: " وإن كان للمغصوب أجرة : أي مما تصح إجارته، فعلى الغاصب أجرة مثله مدة بقاءه في يده"<sup>(٢)</sup> . أما إذا كان المغصوب نقوداً، وهي أموال لاتصح إجارته بالإجماع، فلا يضمن زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه . قال القاري في مجلة الأحكام الشرعية : "لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من الربح بحبسه مال التجارة"<sup>(٣)</sup> بل إن الشافعية في الأظهر نصوا على : أنه لو غصب رجل دراهم، واتجر بها فربح، فالربح للغاصب ولا يضمن للمالك أكثر من المبلغ الذي غصبه"<sup>(٤)</sup> .

٤- إن القول بعدم إلزام المدين الماثل بالتعويض يؤدي إلى المساواة بين الظالم العاصي والأمين الطائع غير مسلم؛ لأن الماثل اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم ظالماً، والظلم عاقبته وخيمة يحسب المسلم لها ألف حساب ويشعر بعظم الذنب الذي اقترفه، وهذا الشعور له أكبر الأثر على رفع الضرر والظلم عن الدائن فيبادر إلى وفاء الدين .

(١) روضة الطالبين للنووي ١٣/٥ .

(٢) المبدع لابن مفلح ١٨٥/٥ .

(٣) مجلة الأحكام الشرعية للقاري مادة (١٣٩٧) ص ٤٣٤ .

(٤) بتصرف من المؤيدات الشرعية للدكتور نزيه حماد ص ٢٨٨-٢٨٩ .

فإذا كان الوازع الديني قليلاً عند المدين، وقمادى في مآطلته كان مستحقاً للعقوبة من حبس أو ضرب أو تعزير . وبهذا لا تكون مساواة بين المآطل والمؤدي لحق غيره<sup>(١)</sup> .

٥- إن القول : إن الأصل في الشروط الصحة واللزوم ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية . واشتراط التعويض المآلي على المدين عند التأخير يتعارض تعارضاً واضحاً مع الشريعة الإسلامية؛ لأنه ربا صريح .

#### ب- مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز التعويض التأخيري :

١- إن القول : بأن التعويض المآلي ربا أو فوائد ربوية لم يسلم به المجيزون للتعويض، وفرقوا بينه وبين الربا أو الفوائد الربوية من وجهين :

الوجه الأول : الفوائد الربوية في حقيتها استغلال من الدائن المآبي للجهود المدين ونشاطاته الاكتسابية بصورة تجعل الاحتمالات السيئة جميعاً على حساب المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وريحاً ثابتاً دون نظر إلى مصير الطرف الآخر الذي يتحمل وحده جميع الاحتمالات السيئة إذا وقعت . . وهذا الاستغلال مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين موقف الطرفين . أما تعويض ضرر التأخير فبعيد عن كل هذه المعاني، فهو إقامة عدل يزيل ضرراً ألحقه إنسان متهاون بواجبه طامع بحقوق غيره التي تحت يده، فحجبها عنه بلا عذر ليستبيحها بأكبر

(١) انظر : المؤيدات الشرعية لنزبه حماد ص ٢٩٣ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من النعثر في الفقه الإسلامي

قدر ممكن أو يأكلها إذا ملّ صاحبها من ملاحقته فيها، فوجب إنقاذ المظلوم من الظالم، وتعويض الأول ما فوّته عليه الثاني من منافع حقه لو وقّاه إليه في حينه، ولذا وصفه الرسول صلى الله عليه وسلم بالظلم، وأباح ذمه وعقوبته - كما سبق بيانه - فأين هذا العدل من ذلك الجور؟

الوجه الثاني : إن الفوائد الربوية في المداينات تُعقد المداينة على أساسها من البداية، فتكون طريقة استثمارية أصلية يلجأ إليها المرابون وهم قاعدون، يختل بها التوازن الاقتصادي كما أشرنا إليه آنفاً. أما تعويض ضرر التأخير فليس طريقاً استثمارياً، وإنما هو إعادة عادلة لتوازن أخل به طرف طامع ظالم متهاون، ولا تكون المداينة قائمة عليها من البداية، وقد يتحقق سببها وهو التأخير أو لا يتحقق<sup>(١)</sup>.

بحاب عن الوجه الأول: بأن العلة في تحريم الربا هي الزيادة بلا عوض ولا ضرر مادي بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطى فيه سواء "<sup>(٢)</sup>. أما الاستغلال وامتصاص جهود الآخرين فهو حكمة التحريم وليست علته والأحكام تُبنى على العلة لا على الحكم؛ لأن الحكمة غير منضبطة، قد تتحقق وقد لا تتحقق. ولذا فلا يرتبط تحريم الربا بالاستغلال، فلا يصح أن يقال إذا وجد الاستغلال فهو ربا محرم، وإذا لم يوجد الاستغلال فلا

(١) مقال : هل يقبل شرعاً الحكم على المدين الماثل بالتعويض للزرقا ص ٩٦.

(٢) صحيح مسلم ١٢١٠/٣.

ربا محرم .

ويجاب عن الوجه الثاني: بأن الزيادة في التعويض التأخيري مشروطة منذ البداية، سواء أكانت استثمارية أم غير استثمارية، والزيادة المشروطة في الديون ربا محرم .

٢- إن القول برفع الأمر إلى القضاء أجاب عنه المجيزون للتعويض بأنه إذا كان وصول الدائن إلى حقه عن طريق القضاء ميسوراً وسريعاً فيما مضى؛ إن هذا الطريق اليوم وفي ظل نظام المرافعات وأصول المحاكمات ومجالات التأجيل وفن المجادلة والمماطلة والمراوغة الذي برع فيه كثير من المحامين أصبح هذا الطريق طويلاً وشاقاً ويفضل كثير من الناس عدم اللجوء إليه<sup>(١)</sup> .

ويجاب عن ذلك : بأن هذا غير مسلم؛ لأن الفقه الإسلامي ليس مسؤولاً عن إيجاد حلول لمشكلات أفرزتها تقنيات ونظم وضعية غريبة عن الإسلام ومظالم نشأت وترعرعت في ظل قوانين علمانية وقيم مادية يرفضها التشريع الرباني ويتبرأ منها، كما أن وظيفته ليست ترقيع الخروق التي أحدثها البعد عن شريعة الله وأنتجها إحلال الأهوال والمصالح الموهومة محل الحق والعدل فيها ومحل المصالح الحقيقية التي تجلبها ومحل المفساد الحقيقية التي تدفعها<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر مقال الشيخ الزرقا في التعويض ص ٩٠ .

(٢) المؤيدات الشرعية للدكتور نزيه حماد ص ٢٩٦ .

### **الرأي الراجح :**

بعد عرض آراء العلماء المعاصرين في اشتراط التعويض عن ضرر التأخير في الديون وأدلتهم ومناقشتها يتبين لي أن الراجح : هو عدم جواز التعويض عن ضرر التأخير في الديون؛ وذلك لقوة أدلة القائلين بعدم الجواز، وعدم صمود أدلة المجيزين أمام المناقشة. ويؤيد ذلك ما يلي :

١- إن التعويض عن ضرر التأخير زيادة مشروطة في قرض فهو ربا محرم؛ لما روي عن ابن عباس وابن مسعود وأبي بن كعب : " أنهم كرهوه، ونهوا عن قرض جرّ منفعة"<sup>(١)</sup>.

٢- إجماع العلماء على معنى الأثر السابق وهو أن كل زيادة مشروطة في القرض ربا، قال ابن مفلح : " كل قرض شرط فيه زيادة فهو حرام إجماعاً، لأنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرج عن موضوعه، ولا فرق في الزيادة في القدر أو في الصفة مثل : أن يقرضه مكسرة، فيعطيه صحاحاً"<sup>(٢)</sup>. وقال ابن تيمية: " وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حراماً "<sup>(٣)</sup> وقال ابن جزى : " فإن قضى أكثر . . فإن كان السلف، فإن كان بشرط أو وعد أو عادة منع مطلقاً "<sup>(٤)</sup>.

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٥/٣٥٠، وهو موقوف على ابن عباس وابن مسعود وأبي بن كعب، تلخيص الحبير ٣/٣٩ أما حديث " كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا " فهو غير صحيح.

(٢) المبدع لابن مفلح ٤/٢٠٩، وانظر : حاشية ابن عابدين ٥/١٦٦، القوانين ٣١٥، الشرح الصغير للدردير ٣/٢٩٥، المذهب للشيرازي ١/٣١١، الإجماع لابن المنذر ٩٥.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/٣٣٤.

(٤) القوانين ٣١٦.

٣- إن فتح باب التعويض التأخيري يؤدي إلى إباحة الربا المحرم كما حدث مع الكنيسة، فقد كانت الديانة النصرانية تحرم الربا بين النصارى وغيرهم وتتشدد فيه، غير أن تمسكهم بتحريم الربا أصبح يضعف ويضمحل في القرنين السادس عشر والثامن عشر على إثر الانتقادات التي وجهت إليهم والعوامل الاقتصادية الجديدة . . . فأجازوا للمقرض أن يتقاضى تعويضاً من المقرض عما فاتته من الربح بسبب القرض، ويجب أن يحصل اتفاق على هذا مقدماً . . . ثم أجازوا للمقرض أن يأخذ من المقرض ربحاً قليلاً لتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له مال المقرض . . . ثم أجازوا الشرط الجزائي . . . إلى أن أجازوا الفوائد الربوية المعتدلة غير المبالغ فيها <sup>(١)</sup> .

بهذا يتبين أن التعويض عن ضرر التأخير في الدين لا يجوز شرعاً؛ إذا حصل عليه الدائن باشتراط أو وعد أو عرف، لأنه زيادة مشروطة في قرض أو سلف، وكل قرض جرّ منفعة فهو ربا .

الوسيلة الثانية : اشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها:

قد يتفق الدائن مع المدين على حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها فهل يصح هذا الشرط؟

لم يتعرض الفقهاء السابقون لحكم هذا الشرط -فيما أعلم- ويمكن أن يقال : إن هذا الشرط يتنازعه أمران :

(١) عقد القرض في الشريعة الإسلامية لعلاء الدين خروقة ١٩٨-٢٠١ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

الأمر الأول: إن هذا الشرط يحقق منفعة زائدة للدائن في القرض، وهي حلول المؤجل من الأقساط، فالحال أفضل من المؤجل: فعشرة دنانير حالة أفضل من عشرة مؤجلة، والمشتري لا يحصل على تأجيل ثمن السلعة إلا بعد زيادة في الثمن، ولهذا اشترط الفقهاء في بيع المربحة أن يبين البائع الذي اشترى السلعة بثمن مؤجل أن الثمن الأول يتصف بهذه الصفة كما قال الشيرازي: " وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق؛ لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن " <sup>(١)</sup> . فالثمن المؤجل غالباً ما يكون أعلى من الثمن الحال، فإذا اتفق على حلول الأقساط عند العجز عن أداء قسط منها كان البائع آخذاً لزيادة بلا مقابل، والزيادة بلا مقابل ربا .

والأمر الثاني : إن التأجيل حق للمدين، وله أن يتنازل عنه متى شاء؛ لأنه مضروب لمصلحته كما قال ابن عابدين " فلو قال أبطلت الأجل أو تركته صار الدين حالاً " <sup>(٢)</sup> . وله أن يعلق تنازله عن التأجيل بعجزه عن الوفاء أو تأخيريه لقسط من الأقساط، لكي يكون حافزاً له على الوفاء بالدين في محله . وفي هذا مصلحة له أي للمدين . وهذا الشرط يحقق أيضاً مصلحة الدائن فهو يوفر له الاطمئنان على ماله، ولذلك يجوز اشتراطه .

والذي أراه في هذا الشرط أنه جائز شرعاً، فيجوز للدائن أن يشترط حلول باقي الأقساط، إذا تأخر المدين عن سداد قسط منها، لعدم وجود نص يمنع منه، ولأنه يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين . وأما القول بأن الحلول يحقق منفعة

(١) المهذب للشيرازي ٢٩٦/١ . وانظر أيضاً بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٤/٥، حاشية الدسوقي ١٦٣/٣، المغني

لابن قدامة ٢٠٤/٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٥٧/٥ .

زائدة في القرض للدائن؛ فيجاء عنه : بأن هذه المنفعة مما لا تجوز المعاوضة عنها؛ لأن الثمن في البيع الآجل قد استقر في ذمة المدين منذ انعقاد العقد، فإذا أراد أن يؤديه قبل حلول الأجل جاز، ولكن لا يجوز للمدين أن ينقص منه شيئاً مقابل هذا التعجيل عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، لأنه بيع الحلول وهو لا يصح، كما لو زاده الذي له الدين مقابل التأجيل<sup>(١)</sup> .

وإذا قلنا بجواز اشتراط هذا الشرط فلا يعمل به بمجرد تأخير المدين عن سداد القسط، وإنما ينبغي أن تكون المدة التي يتأخر فيها قد جاوزت ما اعتاد عليه كل من الدائن والمدين التساهل فيها كما قال العطار : " على أن تساهل الدائن مع المدين تساهلاً يؤدي إلى اعتياد المدين تأخير الوفاء بالقسط مدة قليلة يقتضي ضرورة تفسير الاتفاق سالف الذكر بحسب ما جرى العمل به أخيراً بين الدائن والمدين"<sup>(٢)</sup> . وقد نبه إلى ذلك الباجي حيث قال : " وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس " <sup>(٣)</sup> .

**الوسيلة الثالثة : اشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد .**

إذا اتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر عن أداء الدين في الوقت المحدد . فهل يصح هذا الاتفاق، ويلزم المدين به عند التأخر عن السداد في الوقت المحدد؟

(١) مجمع الأنهر ٣١٥/٢، تبين الحقائق ٤٢/٥، قوانين الأحكام الفقهية ٢٧٨، المنتقى للباجي ٦٥/٥، مغني

المحتاج للشرييني ١٧٩/٢، المغني لابن قدامة ٦٥/٤ .

(٢) نظرية الأجل في الالتزام للعطار ٣٦٢ .

(٣) المنتقى للباجي ٦٦/٥ .



## صيانة الهديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى عدم جواز هذا الشرط كما قال ابن رشد: "ما في المدونة، وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة يمين لا يحكم بها" <sup>(١)</sup>، وهو مقتضى قول الحنفية والشافعية في قول: لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم موجب، لأن فيه منفعة لأجنبي، كما أن فيه ضرراً على أحد العاقلين، ولأن الجبر على التطوع غير مشروع <sup>(٢)</sup>.

وذهب أبو عبدالله ابن نافع (١٨٦هـ) وأبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن دينار (١٨٢هـ) من المالكية: إلى جواز هذا الشرط، وأن الصدقة تلزم المدين... جاء في كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام: "إذا التزم أنه إذا لم يوفه حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين. فهذا محل الخلاف المعقود له هذا الباب فالمشهور أنه لا يقضى به - كما تقدم - وقال ابن دينار: يقضى به" <sup>(٣)</sup>. وجاء فيه: "ولا بن نافع أيضاً من باع سلعة من رجل وقال: إن خاصمتك فيها، فهي صدقة عليك فخاصمه فيها أن الصدقة تلزمه" <sup>(٤)</sup>. وقال الخطاب: "ومثل مسألة ابن نافع ما يكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المبيع أو خاصمه فيه كان عليه للمشتري أو عليه للفقراء كذا وكذا، فلا يحكم عليه على المشهور، ويحكم بذلك على قول ابن نافع" <sup>(٥)</sup>. وما ذهب إليه ابن نافع وابن دينار هو مقتضى قول الحنابلة والشافعية في قول، فأصول الإمام أحمد ابن حنبل لا تمنع من اشتراط هذا الشرط؛ لأنه شرط تضمن مقصوداً صحيحاً وهو

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب ١٧٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٠/٥ - ٧١، المجموع للنووي ٣٥٨/٩.

(٣) الالتزام للخطاب ١٧٦.

(٤) المرجع السابق ١٧١.

(٥) المرجع السابق ١٧٢.

التصدق . قال ابن القاسم : قيل لأحمد الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها ؟ فأجازه .  
فقليل له : فإن هؤلاء - يعني أصحاب أبي حنيفة - يقولون : لا يجوز البيع على هذا  
الشرط قال : لم لا يجوز ؟ قد اشترى النبي صلى الله عليه وسلم بغير جابر واشترط  
ظهره إلى المدنية، واشترت عائشة بريرة على أن تعتقها، فلم لا يجوز هذا . وقال  
أحمد بن الحسين ابن حسان : سألت أبا عبدالله عمن اشترى مملوكاً واشترط هو حر  
بعد موتي ؟ قال هذا مدبر . فجوز اشتراط التدبير كالعق، ولأصحاب الشافعي في  
شرط التدبير خلاف<sup>(١)</sup> .

وإن قيل : إن قياس الصدقة على العتق قياس مع الفارق<sup>(٢)</sup> فالعتق أفضل من  
الصدقة؛ لأن الشارع يتشوف إلى تحرير العبيد وعتقهم وتفتح له الأبواب بخلاف  
الصدقة .

فيجاب عن هذا : بأن الفرق ضعيف؛ لأن بعض التبرعات أفضل من العتق،  
فإن صلة الرحم المحتاج أفضل منه كما نص عليه أحمد ، فإن ميمونة زوج النبي  
صلى الله عليه وسلم اعتقت جارية لها . فقال : لو تركتها لأخوالك لكان خيراً لك .  
ولهذا لو كان للميت أقارب لا يرثون كانت الوصية لهم أولى من الوصية بالعتق<sup>(٣)</sup> .

والذي أراه ماذهب إليه ابن نافع وابن دينار والحنابلة والشافعية في قول من  
أن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه جائز، ويجب على  
المدين الوفاء به؛ لأنه شرط تضمن مقصوداً صحيحاً من الشرع وهو تحقيق النفع

(١) القواعد النورانية للفقهاء لابن تيمية ٢١٢-٢١٣، المجموع للنووي ٣٥٧/٩ .

(٢) انظر : الالتزام للحطاب ١٧٣ .

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية ٢١٧، ٢١٨ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

للفقراء، وحفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وتوفير الاطمئنان للدائن على ماله.

### المبحث الثاني

#### وسائل معالجة الإسلام للمديونيات المتعثرة

وضع الإسلام لمعالجة المديونيات المتعثرة عدة وسائل متنوعة، بحيث تستوعب جميع أسباب التعثر التي أشرنا إليها، ولكنني في هذا المبحث سوف اقتصر على الوسائل المتعلقة بكل من الإعسار والمماطلة؛ وذلك لأن جحود الدين أصبح نادراً اليوم، وبخاصة بعد انتشار وسائل التوثيق الحديثة. وأما الموت فلا تخرج وسائله عن وسائل الإعسار والمماطلة في الغالب. وأما كساد النقود فنادر الوجود ويحتاج إلى بحث مستقل. ولذا سيشتغل هذا المبحث على مطلبين : الأول : يتعلق بالوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب الإعسار والثاني : يتعلق بالوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب المماطلة.

#### المطلب الأول

##### الوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب الإعسار

الأصل أن المدين المعسر يمهل حتى يوسر لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(١)</sup> ، وإمهاله واجب-كما قال ابن حجر<sup>(٢)</sup> - ولا يلزم من كونه

(١) آية ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٠٨/٤.

واجباً أن لا يؤجر الدائن عليه . فقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " كان تاجراً يداين الناس ، فإذا رأى معسراً قال لفتيانه : تجاوزوا عنه لعل الله يتجاوز عنا ، فتجاوز الله عنه"<sup>(١)</sup> . فهو يدل على أن إنظار المعسر يكفر كثيراً من السيئات . ولا يعني هذا أن المدين المعسر يترك على حاله ، وإنما لابد من معالجة مشكلته ، وإعانتته على أن يشق طريقه في الحياة ليصبح عضواً نافعاً في المجتمع . وفيما يلي بعض الوسائل المشروعة لذلك .

#### ١- إعانة المدين المعسر من الزكاة :

المدين المعسر يعطى من سهم الغارمين في الزكاة لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ ۝١٠ ﴾<sup>(٢)</sup> . والغارمون : هم المدينون لمصالح أنفسهم أو لمصلحة عامة . فيدخل في ذلك كل من يستدين لأجل الإنفاق على نفسه أو على من يعول ، أو من أجل الزواج وغير ذلك<sup>(٣)</sup> ولكن يشترط لإعطاء المدين المعسر من الزكاة : أن يكون مسلماً ثبت إعساره وفقره ، وأن يكون دينه بسبب عمل مباح : من نفقة أو تجارة أو غير ذلك ، فلا يعطى من الزكاة إذا كان بسبب عمل محرم : من شرب خمر أو لعب قمار أو غير ذلك .

وإذا أعطى المدين المعسر قدراً من الزكاة لأداء دينه ، فيجوز له استثماره ، ثم يؤدي دينه بعد ذلك . كما قال ابن الصلاح : " لا حرج عليهم في ذلك ؛ لأنهم ملكو

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٠٩/٤ .

(٢) آية ٦٠ من سورة التوبة .

(٣) تبين الحقائق ٢٩٨/١ ، حاشية الخرشى ٢١٨/٢ ، المجموع للنووي ١٥٣/٦ ، كشف القناع ٢٨١/٢ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

ذلك، ومن ملك شيئاً تمكن من تصرفه فيما شاء<sup>(١)</sup>. واشترط النووي لجواز الاستثمار أن يكون الدين أكثر من مال الزكاة الذي أعطى له، ليلبغ قدر الدين بالتنمية<sup>(٢)</sup>. وهذا يدل على أن الإسلام يعين الإنسان العاجز ليشق طريقه بنفسه.

### ٢- فسخ البيع واسترداد المبيع :

إذا أعسر المدين عن ثمن في بيع كان قد عقده قبل إعساره وتفليسه فسخ هذا البيع واسترد البائع سلعته في رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية واستدلوا لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره " <sup>(٣)</sup>. فما ينطبق على المفلس ينطبق على المعسر لأن كل مفلس معسر وليس العكس. ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض: كالمسلم فيه إذا تعذر<sup>(٤)</sup>.

وذهب الحنفية إلى عدم فسخ البيع واسترداد المبيع؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل أفلس فوجد عنده متاعه فهو أسوة الغرماء " <sup>(٥)</sup> وتأولوا الحديث السابق لكونه خبر واحد خالف الأصول العامة من إنظار المعسر، وأن السلعة تصير بالبيع ملكاً للمشتري ومن ضمانه ولهذا حملوا الحديث على صورة خاصة : وهي

(١) فتاوى ابن الصلاح ١٠٩.

(٢) المجموع للنووي ٢١٠/٦.

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٦٢/٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣، مواهب الجليل للحطاب ٥٠/٥، حاشية الخرشى ٢٨١/٥، روضة الطالبين ١٤٧/٤.

المهذب ٣٣٠/١، مغني المحتاج ١٥٧/٢، الإنصاف للمرداوي ٢٨٦/٥، كشاف القناع ٤٢٦/٣، المغني ٤٥٣/٤.

المحلى لابن حزم ٦٣٦/٨.

(٥) رواه الحصاف بإسناده كما قال الباهرتي (العناية ٢٧٩/٩) وقد بحث عنه في كتب السنن فلم أجده.

ما إذا كان المتاع وديعة أو عارية أو لقطة <sup>(١)</sup> .

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن البيع يفسخ ويسترد البائع المبيع عملاً بالحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره . وأما الحديث الذي استدل به الحنفية فهو ضعيف . ذكر ابن حزم روايتين له وضعفهما . ففي الأولى : أبو عصمة . وفي الثانية : عمرو بن قيس وهما ضعيفان جداً <sup>(٢)</sup> . وأما حمل حديث الجمهور على الوديعة أو العارية أو اللقطة فغير مسلم؛ لأنه لو كان كذلك لم يقيد بالفلس .

### شروط فسخ البيع واسترداد المبيع :

اشتراط الفقهاء لفسخ البيع واسترداد المبيع في حالة الإفلاس عدة

شروط وهي:

أ - أن لا يكون البائع قد قبض شيئاً من الثمن، فإن كان قد قبض منه شيئاً، ولو كان قليلاً فلا يفسخ البيع ولا يسترد البائع المبيع، ويكون الدائن أسوة الغرماء عند المالكية والحنابلة، لما روى الإمام مالك بسنده عن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به " <sup>(٣)</sup> . ولأن الرجوع في قسط ما بقي تبعية للصفقة على المشتري وإضرار به <sup>(٤)</sup> .

(١) تبين الحقائق ٢٠١/٥، درر الحكام ٢٧٥/٢، فتح القدير ٢٧٨/٩.

(٢) المحلى لابن حزم ٦٤٠/٨.

(٣) الموطأ مع تنوير الحوالك ٨٣/٢.

(٤) حاشية الخروشي ٥١/٥، حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣، كشاف القناع ٤٢٦/٣.

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

وذهب الشافعية والظاهرية إلى عدم اشتراط هذا الشرط، فلا يمنع قبض شيء من الثمن فسخ البيع واسترداد جزء من المبيع بما يعادل الجزء المتبقي من الثمن ويكون البائع حينئذٍ شريكاً للمشتري بحصته<sup>(١)</sup>.  
والراجح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من اشتراط هذا الشرط، فإذا قبض البائع شيئاً من الثمن لا يجوز له فسخ البيع، وكان أسوة الغرماء بدليل النص الوارد في ذلك، فهو وإن كان مرسلأً على الراجح فقد روي من طريق آخر موصولاً عن أبي هريرة، وله متابعات تقوية<sup>(٢)</sup>. فيحتاج به.  
ب- أن تكون السلعة باقية على حالها لم تتغير ولم تتبدل ولم يتصرف فيها المشتري ببيع أو هبة أو غير ذلك، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيا رجل أفلس فأدرك ماله بعينه"<sup>(٣)</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن البائع أولى بالسلعة بعد التغير والنقص<sup>(٤)</sup>  
وذهب الحنابلة إلى أن البائع أولى بالسلعة، ما لم تزد زيادة متصلة: كالسمن وتعلم العبد لصنعة الكتابة. أما الزيادة المنفصلة في السلعة: كولد الشاة واللبن وثمار الشجر فلا تمنع البائع من الرجوع في الأصل<sup>(٥)</sup>.  
ج- أن لا يتعلق بالسلعة حق للغير: كأن تكون مرهونة في دين؛ لأن حق المرتهن سابق لحق البائع، فلم يملك إسقاطه، ولأن في استرداد السلعة

(١) المهذب للشيرازي ٣٠٠/١، المحلى لابن حزم ٦٤٣/٨.

(٢) نيل الأوطار ٢٧٣/٥.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) مغني المحتاج ١٥٩/٢.

(٥) الإنصاف ٢٩٢/٥، كشف القناع ٤٢٧/٣.

المرهونة إضراراً بالمرتتهن، ولا يُزال ضرر البائع بإلحاق الضرر بالمرتتهن<sup>(١)</sup> .

د- أن لا يبذل باقي الدائنين ثمن تلك السلعة للبائع، فإن بذلوه ولو من مالهم الخاص بهم فليس لهم أخذ عين السلعة. وكذلك لو ضمنوا له الثمن وهم ثقات، أو أعطوا به حميلاً ثقة. هذا عند المالكية<sup>(٢)</sup> . وذذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط هذا الشرط، فللبائع حق استرداد عين السلعة، ولو بذل له باقي الدائنين الثمن من أموالهم الخاصة بهم، أو من مال المفلس لترك السلعة، لم يلزمه قبوله، وله أخذهما<sup>(٣)</sup> . وهو الراجح لعموم الحديث الوارد في ذلك، ولأن الرجوع بعين السلعة حق له، فلا يملك باقي الدائنين إسقاطه .

### ٣- إجبار القاضي للمدين المفلس على التكسب :

إذا أفلس المدين فهل يجبر على التكسب ومؤاجرة نفسه؟

اختلف الفقهاء في ذلك فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية: إلى أن المدين المفلس لا يجبر على التكسب ومؤاجرة نفسه مطلقاً<sup>(٤)</sup> لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(٥)</sup> . وقوله صلى الله عليه وسلم لغرماء معاذ : " خذوا ما وجدتم ، ثم ليس لكم إلا ذلك " <sup>(٦)</sup> .

(١) المهذب ١/٣٣٠، الإتصاف للمرداوي ٥/٢٩٠، المغني ٤/٤٧٦ .

(٢) حاشية الخرشي ٥/٢٨١ .

(٣) كشف القناع ٣/٤٢٥ .

(٤) تبين الحقائق ٥/١٩٩، حاشية الخرشي ٥/٢٧٠، حاشية الدسوقي ٣/٢٧٠، المهذب ١/٣٣٧، مغني المحتاج

٢/١٥٤، نهاية المحتاج ٤/٣٣٠، كشف القناع ٣/٤٣٩، المغني ٤/٤٩٥ .

(٥) آية ٢٨٠ من سورة البقرة .

(٦) صحيح مسلم ٣/١١٩١ .



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

وأضاف الحنفية أنه إذا كان المدين قد استدان في الفساد والمعصية فرأى القاضي أن يؤجره، فيكون عقوبة له وتغليظاً عليه. فلم يكن به بأس<sup>(١)</sup>.

وذهب الحنابلة في رواية إلى أن المدين المفلس يجبر على التكسب إذا كان يحسن صنعة أو محترفاً، فيجبر على إيجار نفسه فيما يليق بمثله من الصنائع لقضاء ديونه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه بخمسة أبعرة، وسرق رجل دخل المدينة وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس وركبته الديون<sup>(٢)</sup>. فالمراد ببيع سرق بيع منافعه وتأجيرها لبيع عينه؛ لأن الحر لا يباع، وقد عبر ببيعه، لأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها. ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها<sup>(٣)</sup>.

وذهب الظاهرية إلى أن المدين المعسر يجبر على التكسب مطلقاً لينصف غرماءه، ويقوم بعياله ونفسه، ولاندعه يضيع نفسه وعياله والحق اللازم له<sup>(٤)</sup>.

والذي أراه ما ذهب إليه الحنابلة من أنه يجبر على التكسب فيما يحسنه من الصنائع إنصافاً للغرماء. وأما استدلال الجمهور بالآية فغير مسلم؛ لأن القادر على العمل موسر؛ لأن الميسرة - كما قال ابن حزم - لا تكون إلا بأحد وجهين إما بسعي وإما بلا سعي وقد قال الله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾<sup>(٥)</sup>. فنحن نجبره

(١) التتف في الفتاوي للسعدي ٧٥٣/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٩٥/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٤٩٥/٤.

(٤) المحلى لابن حزم ٦٣٣/٨.

(٥) آية ١٠ من سورة الجمعة.

على ابتغاء فضل الله تعالى الذي أمره تعالى بابتغائه<sup>(١)</sup> . ولأن في تشغيله إحياء له، وإعانة على أن يتخلص من هم الدين . ولأن المكتسب خير من الذي ينتظر حتى تأتية الزكاة<sup>(٢)</sup> ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره خير من أن يسأل أحداً، فيعطيه أو يمنعه "<sup>(٣)</sup> .

### المطلب الثاني

#### الوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب المماطلة

إذا كان الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على تعويض الدائن عند مماطلة المدين الموسر في الوفاء بالدين لايجوز شرعاً . فما هي الوسائل المشروعة لمعالجة مشكلة المماطلة؟ .

إن الإسلام وضع عدة إجراءات وحلول لمعالجة هذه المشكلة أغلبها يرجع إلى الإجراءات القضائية والعقوبات التي يقررها القاضي . وفيما يلي بيان لتك الإجراءات والعقوبات :

#### ١ - قضاء الحاكم دين المدين المماطل من ماله جبراً :

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان للمدين المماطل مال من جنس ما عليه من ديون: كأن يوجد عنده دراهم فضية وعليه دراهم فضية؛ أدى الحاكم من تلك الدراهم ما على المدين من ديون، لأن للدائن الأخذ بدون إذن المدين عند المجالسة . جاء في

(١) المحلى لابن حزم ٦٣٣/٨ .

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٠٤/٤ .

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٠٤/٤ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

مجمع الأنهر : " فإن كان ماله من جنس دينه أداه الحاكم منه : أي من جنس الدراهم بالإجماع؛ لأن للدائن الأخذ بلا رضى المدين عند المجالسة " (١) . وبناء على ذلك إذا كان للمدين رصيد من النقود في بنك جاز للحاكم قضاء ديونه من هذا الرصيد جبراً. كما يجوز للبنك الدائن أخذه من باب الظفر بالحق .

### ٢- بيع الحاكم على المدين الماطل ماله لقضاء دينه :

إذا كانت أموال المدين الماطل من غير جنس الدين : كأن يكون عليه نقود ذهبية وعنده إبل وغنم باع الحاكم تلك الأموال لقضاء دينه عند جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والصالحين من الحنفية وابن حزم الظاهري لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه " (٢) أي باعه لقضاء دينه، ولأن في بيع ماله من أجل قضاء دينه إعانة له على ذلك، وإنصافاً للدائنين (٣) .

واستحب الشافعية بيع مال المدين دون أن يوجبوا ذلك؛ لأن الأولى أن يتولى المالك أو وكيله بإذن الحاكم البيع (٤) .

وأما أبو حنيفة فهو على مذهبه في عدم الحجر على البالغ، ومن ثم عدم جواز بيع مال المدين الماطل لقضاء دينه؛ لأن هذا التصرف يعتبر حجراً على المدين . ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي، فإذا باع الحاكم مال المدين بدون رضاه كان البيع

(١) مجمع الأنهر ٤٤٢/٢، وانظر أيضاً : تبين الحقائق ١٩٩/٥، الشرح الصغير للدردير ٣٤٩/٣، المذهب للشيرازي ٣٢٧/١، المغني ٤٩٤/٤ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٥/٥ .

(٣) أسهل المدارك ١٣/٣، كشف القناع ٤٣٢/٣، الإنصاف للمرداوي ٣٠٢/٥، المغني لابن قدامة ٤٩٠/٤، المحلى لابن حزم ٦٢٤/٨ .

(٤) حاشية قليوبي ٢٨٨/٢، مغني المحتاج ١٥٠/٢ .

باطلاً<sup>(١)</sup> .

والذي أميل إليه مذهب إليه الجمهور من أنه يجب بيع مال المدين المماثل لقضاء دينه للحديث الوارد في ذلك وإذا باع الحاكم أمواله قدم النقود ثم العروض ثم العقار . وقال بعض الفقهاء يقدم ما يخاف عليه الهلاك من العروض ثم المنقول ثم العقار<sup>(٢)</sup> .

#### شراء الدائن لمتاع المدين أو جزء شائع منه :

إذا قلنا بجواز بيع الحاكم أموال المدين المماثل لقضاء دينه، فيستحب عرض كل سلعة أو متاع في سوقه الخاص به؛ لأنه أحوط لمعرفة قيمته وأكثر لطلبه - كمال قال البهوتي<sup>(٣)</sup> - فأهل كل سوق أعرف من غيرهم بقيمة المتاع . ويتم البيع للمتاع بالنداء عليه . وهو ما يسمى اليوم " بالمزاد العلني " .

ويستحب أن يحضر كل من المدين والدائن البيع . ومن الحكمة في حضور الدائن - كما قال ابن قدامة - : " الأول : أنه يباع لهم . والثاني : أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه ، فيكون أصلح لهم وللمفلس . والثالث : أنه أطيب لقلوبهم وأبعد من التهمة . الرابع : أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها " <sup>(٤)</sup> .

(١) تبين الحقائق ٥/ ٢٠٠ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

(٣) كشف القناع ٤٣٣/٣ ، منتهى الإرادات ١٤٧/٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤٩١/٤ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

مما سبق يتبين أنه يجوز للدائن شراء سلعة المدين المفلس كلها أو جزء مشاع منها وكذلك يجوز له شراء سلعة المدين الماطل أو جزء مشاع منها ويكون شريكاً لبقية الدائنين أو للمدين. ولا يمنع الدائن من ذلك ولو كان هو الذي باعه تلك السلعة. ولا يعتبر ذلك من قبيل "بيع العينة"<sup>(١)</sup> وذلك لأن من شروط تحقق بيع العينة عدم تغير المبيع بنقص أو استعمال أو عيب -كما قال الزيلعي-: "وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص لأنه إذا تعيب في يد المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن الأول جاز؛ لأن المانع ربح مالم يضمن"<sup>(٢)</sup>.

فإذا تغير المبيع بنقص أو استعمال أو عيب جاز بيعه إلى البائع؛ لأن نقص الثمن في هذه الحالة جعل مقابل نقص المبيع أو استعماله في الفترة الزمنية الواقعة بين البيعين. فالملك لم يرجع إلى الدائن على الهيئة التي خرج بها عن ملكه، فلا يتحقق فيه "ربح مالم يضمن"؛ لأنه هو المانع من بيع العينة، فالبائع في بيع العينة ربح دون أن يدخل الثمن في ضمانه قبل قبضه. وهو يختلف عن شراء السلعة بعد تغير حالها. ولأن المقصود من بيع العينة التوصل إلى الربا، وهو غير موجود فيمن اشترى السلعة بعد تغير حالها.

وإذا رجعت السلعة إلى ملك الدائن جاز له التصرف فيها ببيع أو إجارة أو غير ذلك. فيجوز تأجيرها إجارة مطلقة أو منتهية بالتملك للمدين. والإجارة المنتهية بالتملك: هي أن يقع التعاقد بين المالك والمستأجر على أن ينتفع المستأجر بالعين التي وقع التعاقد عليها بأجرة محددة: بأقساط موزعة على مدة معلومة، على أن

(١) بيع العينة : هو بيع السلعة نسيئة بثمن ثم شراؤها من باعها إياه نقداً بثمن أقل ( معجم لغة الفقهاء ٣٢٦).

(٢) تبين الحقائق ٥٥/٤، مواهب الجليل للحطاب ٣٩٣/٤، المغني ١٩٥/٤.

ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للعين المؤجرة بأن يهبها المالك للمستأجر في نهاية المدة . وقد صحح العلماء المعاصرون هذا العقد إذا روعيت فيه الضوابط التالية: الأول : ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة . الثاني : تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة . الثالث : نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها تنفيذاً لوعده سابق بذلك بين المالك والمستأجر<sup>(١)</sup> .

### ٣- تأجير الحاكم على المدين الماطل الأملاك التي لاتباع لقضاء دينه:

إذا كان للمدين الماطل أملاك ينتفع بها ولا تباع عليه كأرض موقوفة أو ضيع<sup>(٢)</sup> ، فهل يجبره الحاكم على تأجيرها لقضاء الدين من أجرتها؟

اختلف الفقهاء في إجبار المدين المفلس على تأجيرها لقضاء الدين من أجرتها فذهب المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة إلى أن المدين يجبر على إيجارها لقضاء دينه، إذا كان ذلك الموقوف يستغنى عنه، لأنه قادر على وفاء دينه بالأجرة، فيلزمه ذلك : كمن يملك ما يقدر على الوفاء به كما قال البهوتي : " ويجبر على إيجار موقوف عليه يستغنى عنه " لأنه قادر على وفاء دينه فلزمه: كمالك ما يقدر على الوفاء " <sup>(٣)</sup> . وأفتى الإمام الغزالي بأنه يجبر على إجارة الموقوف أي بأجرة معجلة مالم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين <sup>(٤)</sup> .

(١) أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي - التوصيات والفتاوى - .

(٢) المراد بالوقف هنا الوقف الأهلي أو الذري : وهو ما جعل ريعه لذرية الواقف من بعده .

(٣) كشاف القناع ٤٣٩/٣ ، وانظر : حاشية الخرشى ٢٧٠/٥ ، مغني المحتاج ١٥٥/٢ ، نهاية المحتاج ٣٣٠/٤ ، المغني ٤٩٥/٤ .

(٤) روضة الطالبين ١٤٦/٤ .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

وذهب الحنابلة في قول والشافعية في غير الأصح إلى عدم إجباره على ذلك.<sup>(١)</sup>

والذي أميل إليه مذهب إليه الجمهور من أن المدين الماثل يجبر على إيجار الأملاك الموقوفة التي لا تباع عليه لقضاء دينه؛ لأن المنافع أموال عند جمهور الفقهاء، ومن ملكها بحيازة أصلاً يعد موسراً يجبر على الوفاء. فإذا جاز ذلك بالنسبة للمفلس جاز ذلك بالنسبة للماثل من باب أولى لأنه قد يملك بالإضافة إلى تلك الأموال التي لا تباع عليه أموالاً أخرى هربها بقصد الإضرار بالدائن.

### **٤- تمكين الدائن من فسخ البيع واسترداد المبيع :**

إذا ماطل المدين الموسر في الدين فهل يجوز للدائن أن يفسخ البيع ويسترد المبيع إذا كان سبب الدين ذلك البيع ؟

ذهب بعض الفقهاء مثل ابن تيمية إلى جواز فسخ البيع واسترداد المبيع كما جاء في المبدع : " إذا كان المشتري مفلساً قال الشيخ تقي الدين أو مماطلاً فللبائع الفسخ ذكره الأكثر؛ لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كمفلس وكبيع " <sup>(٢)</sup> .

وذهب الشافعية في الصحيح والحنابلة في المذهب إلى أن البيع لا يفسخ إذا كان المدين موسراً مماطلاً؛ لأن ضرره يزول بحجر الحاكم عليه ووفائه من ماله <sup>(٣)</sup> .

والذي أميل إليه مذهب إليه ابن تيمية من أنه إذا كان المشتري مماطلاً فللبائع

---

(١) المرجع السابق، الإنصاف للمرداوي ٣١٧/٥.

(٢) المبدع لابن مفلح ١١٦/٤.

(٣) مغني المحتاج ١٥١/٢، كشف القناع ٢٤٠/٣، الإنصاف ٤٥٩/٤.

فسخ البيع واسترداد المبيع إذا تمكن من ذلك دفعاً لضرر المخاصمة ورفع الأمر إلى القضاء . وهذا ما صححه المرداوي في الإنصاف . وقال البهوتي : " قال في الإنصاف وهو الصواب . قلت : خصوصاً في زماننا هذا " (١) .

#### ٥ - تغريم المدين الماثل النفقات القضائية وأتعاب المحامي :

إذا كان دفع الظلم عن الدائن يحتاج إلى القضاء، فإن نفقات القضية تكون على المدين الماثل لتسببه بها جوراً وعدواناً كما قال ابن تيمية : " إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك يلزم الماثل ، إذا غرمه على الوجه المعتاد " (٢) . وقال المرداوي : " ونظير ذلك ما ذكره المصنف والأصحاب في باب استيفاء القصاص . . . وإن احتاج إلى أجره فمن مال الجاني، وكذا القطع في السرقة على السارق " (٣) .

#### ٦ - إسقاط عدالة المدين الماثل ورد شهادته والامتناع عن التعامل معه:

المدين الماثل ظالم بنص الحديث ويجوز عقوبته برد شهادته كما حكى الباجي عن أصبغ وسحنون من المالكية حيث قالوا برد شهادته؛ لأنه فاسق بظلمه، وإذا فسق وردت شهادته حرم من التعامل معه .

وهل يعاقب بتلك العقوبة بمجرد مماطلته أو بتكرارها؟ قال النووي : مقتضى مذهبنا اشتراط التكرار . وقال السبكي إن مقتضى مذهبنا عدمه واستدل بأن منع الحق بعد طلبه وابتغاء العذر عن أدائه كالغصب . والغصب كبيرة وتسميته ظلماً

(١) كشف القناع ٣ / ٢٤٠ .

(٢) مجموعة الفتاوى لابن تيمية ٢٤ / ٢٥٠ ، واختيارات ابن تيمية للبعلي ١٣٦ ، الإنصاف ٥ / ٢٧٦ .

(٣) الإنصاف للمرداوي ٥ / ٢٧٧ .



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

يشعر بكونه كبيرة والكبيرة لا يشترط فيها التكرار<sup>(١)</sup>.

### ٧ - تعزيز المدين المماطل بالحبس والضرب والمنع من السفر :

اتفق الفقهاء على أن المدين المماطل إذا امتنع عن قضاء دينه فإنه يعاقب بالتعزير من حبس وضرب وغير ذلك مما يدفعه إلى وفاء دينه كما قال كل من ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : " لانزاع بين العلماء أن من وجب عليه حق من عين أو دين وهو قادر على أدائه وامتنع منه أنه يعاقب حتى يؤديه ونصوا على عقوبته بالضرب ذكر ذلك الفقهاء من الطوائف الأربعة"<sup>(٢)</sup> . واستدلوا لذلك بحديث : " مطل الغني ظلم" وفي رواية : " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"<sup>(٣)</sup> . فالعقوبة لاتختص بالحبس بل هي بالضرب أظهر منها في الحبس . ويستدل على وجوب ضربه بقوله صلى الله عليه وسلم : " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده... " "<sup>(٤)</sup> . ومن المنكر مطل الغني، فمن صح غناه ومنع خصمه، فقد أتى منكراً وظلماً، وكل ظلم منكر فوجب على الحاكم تغييره باليد . كما يجوز منع المدين المماطل من السفر بناء على طلب من صاحب الحق<sup>(٥)</sup> .

(١) المنتقى للباهي ٦٦/٥، فتح الباري ٤٦٦٤، شرح النووي على مسلم ٢٢٧/١٠.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ٩٢.

(٣) مر تخريج الحديث.

(٤) صحيح مسلم ٦٩/١.

(٥) لقد فصلت القول في ذلك في بحث مستقل بعنوان " منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي".

## الخانمة

- بعد عرض الأحكام الخاصة بصيانة ومعالجة المديونيات المتعثرة نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في النقاط التالية :
- ١- أسباب تعثر المديونيات في الفقه الإسلامي هي : الإعسار، الماطلة، الموت، الجحود، كساد النقود أو انقطاع التعامل بها .
  - ٢- ينبغي أن يتخذ الدائن الاحتياطات الممكنة لصيانة الديون من التعثر، ومن ذلك توثيق الدين بالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة .
  - ٣- الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على مقدار معين من التعويض عن ضرر تأخير الدين لا يجوز لأنه ربا نسيئة .
  - ٤- زيادة مقدار الدين لأجل تأخير الأجل وهي ما تسمى " جدولة الديون " لا تجوز لأنها ربا نسيئة .
  - ٥- التعويض عن ضرر التأخير في الديون لا يجوز سواء حصل عليه الدائن باشتراط أو وعد أو عرف؛ لأنه زيادة مشروطة في قرض، وكل قرض جر منفعة فهو ربا .
  - ٦- يجوز للدائن اشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن سداد قسط منها، بحيث تكون المدة التي تأخر فيها دالة على التأخير عرفاً .
  - ٧- يجوز للدائن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه في المدة المحددة؛ لأن هذا الشرط تضمن مقصوداً صحيحاً في الشرع وهو البر بالفقراء .

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

- ٨- يجوز للدائن اشتراط اشتراك المدين في صندوق للتأمين التبادلي لأنه يتضمن مقصوداً صحيحاً كاشتراط الصدقة للفقراء وتأميناً مشروعاً للدائن على ماله.
- ٩- المدين المعسر يمهّل وينظر؛ ويعان على سداد دينه، إما باعطائه من الزكاة وإما بتوفير العمل اللائق به وإجباره على التكسب به.
- ١٠- يجوز للبائع الذي لم يقبض الثمن أن يفسخ البيع ويسترد المبيع، وكانت السلعة باقية على حالها ولم يطرأ عليها تغيير، ولم يتصرف فيها المشتري ببيع أو هبة أو رهن، ويقاس على ذلك المدين المماطل.
- ١١- يجوز للدائن شراء سلعة من مدين مفلس، ولو كانت تلك السلعة قد انتقلت إلى المدين بسبب بيع عقده مع الدائن، ولا يعتبر ذلك من قبيل بيع العينة لتباعد الزمان بين البيعين وتغير السلعة بالاستعمال.
- ١٢- للحاكم إجبار المدين المماطل على تأجير الأملاك الموقوفة عليه لقضاء الدين من أجزتها وإنصاف الدائنين.
- ١٣- يتحمل المدين المماطل تكاليف رفع القضية إلى القضاء وأتعاب المحامي التي يدفعها الدائن؛ لأن المدين هو الذي تسبب في ذلك.
- ١٤- يعاقب المدين المماطل بعقوبات تعزيرية من شأنها حمله على قضاء دينه : ومن ذلك الحبس والضرب ورد شهادته وحظر التعامل المالي معه.

## المراجع والمصادر

### أولاً : كتب التفسير :

- ١- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت ٣٧٠هـ) ، دار الكتاب العربي، بيروت، مصور عن الطبعة الأولى، مطبعة الأوقاف الإسلامية بدار الخلافة العلية ١٣٣٥هـ.
- ٢- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (ت ٥٤٣هـ)، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة.
- ٣- أحكام القرآن لأبي الحسن علي بن محمد الطبري المعروف بالكنيا الهراسي (ت ٤٠٥هـ) ، مطبعة حسان بالقاهرة، ط ١.
- ٤- البحر المحيط لمحمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي (ت ٧٥٤هـ)، دار الفكر ببيروت، ١٩٩٢م.
- ٥- التفسير الكبير لفخر الدين الرازي (ت ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي ببيروت.
- ٦- تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (٧٧٤هـ)، دار المعرفة ببيروت، ط ٣.
- ٧- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي (٦٧١هـ)، دار إحياء التراث العربي ببيروت، ١٩٦٥م.
- ٨- جامع البيان في تفسير القرآن لمحمد بن جرير الطبري (ت ٣٠٩هـ)، دار المعرفة ببيروت، ١٩٨٣م.

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

### ثانياً : كتب الحديث وشروحه :

- ٩- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر، مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة.
- ١٠- سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني، مكتبة الرسالة الحديثة ببيروت.
- ١١- سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد (ت ٢٧٥هـ) ، مطبعة عيسى الباي الحلبي بالقاهرة.
- ١٢- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، دار إحياء السنة المحمدية بالقاهرة.
- ١٣- سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ)، دار إحياء التراث العربي ببيروت.
- ١٤- السنن الكبرى لأبي أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٤٥٨هـ)، دار الفكر ببيروت .
- ١٥- صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ)، المكتب الإسلامي باستانبول ١٩٧٩م.
- ١٦- صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، طبعة إدارة البحوث العلمية بالرياض، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٧- صحيح مسلم بشرح النووي ليحيى بن شرف مري الخوراني النووي (٦٧٦هـ)، المطبعة المصرية بالقاهرة.

- ١٨- عمدة القاري في شرح صحيح البخاري للشيخ بدر الدين بن محمد محمود بن أحمد العيني (٨٥٥هـ)، دار الفكر ببيروت.
- ١٩- فتح الباري لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر (ت٨٥٢هـ)، المطبعة السلفية بالقاهرة.
- ٢٠- فيض القدير شرح الجامع الصغير - للمناوي- دار المعرفة ببيروت.
- ٢١- الموطأ للإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ)، مع تنوير الحوالك، دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.
- ٢٢- نيل الأوطار لمحمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأخيرة .

### ثالثاً : كتب الفقه :

#### أ - الفقه الحنفي :

- ٢٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (٥٨٧هـ)، دار الكتاب العربي ببيروت، ط٢، ١٩٨٢م.
- ٢٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣هـ)، دار المعرفة ببيروت.
- ٢٥- تنبيه الرقود على أحكام النقود لمحمد أمين بن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، شرح وتحقيق محمد سلامة جبر، مطابع القبس التجارية بالكويت.
- ٢٦- الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري لأبي بكر بن علي المعروف بالحدادي العبادي (ت٨٠٠هـ)، مطبعة عارف بتركيا، ١٩٧٨م.
- ٢٧- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) لمحمد أمين الشهير

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

- بابن عابدين (١٢٥٢هـ)، دار الفكر ببيروت ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
- ٢٨- درر الحكام شرح غرر الأحكام لمحمد بن قراميز منلاخسرو (ت ١٣٣٠هـ)، مطبعة أحمد بالقاهرة، ١٣٢٩هـ.
- ٢٩- العناية على الهداية لأكمل الدين البابرّي (ت ٧٨٦هـ) على هامش فتح القدير.
- ٣٠- فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي (٨٦١هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط ١، ١٩٧٠م.
- ٣١- المبسوط لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣هـ)، دار المعرفة ببيروت.
- ٣٢- مجمع الأنهر لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان داماد المدعو بشيخ زاده (١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربية ببيروت.
- ٣٣- محاسن الإسلام وشرائع الإسلام لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن البخاري الزاهد (٥٤٦هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت.

### **ب - الفقه المالكي :**

- ٣٤ - أسهل المدارك، شرح إرشاد المسالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأولى.
- ٣٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن رشد (٥٩٥هـ) ، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط ٣، ١٣٧٩هـ- ١٩٦٠م.
- ٣٦- تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لبرهان الدين إبراهيم بن فرحون (٨١٧هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ١٩٥٨هـ.

- ٣٧- تحرير الكلام في مسائل الالتزام لمحمد بن محمد الخطاب (ت ٩٥٤هـ)،  
دار الغرب الإسلامي ببيروت، ط ١، ١٩٨٤م.
- ٣٨- حاشية الخرشي على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبيد الله بن  
علي الخرشي (١١٠١هـ)، دار صادر - بيروت.
- ٣٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة  
الدسوقي (١٢٣٠هـ)، دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.
- ٤٠- الشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير، دار المعارف بالقاهرة،  
١٩٧٣م.
- ٤١- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد ابن  
جزى الغرناطي المالكي (٧٤١هـ)، دار العلم للملايين ببيروت.
- ٤٢- الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري  
(ت ٤٦٤هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، ط ٢، ١٤٠٠هـ.
- ٤٣- المعيار المعرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب لأحمد  
بن يحيى الونشريسي (٩١٤هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨١.
- ٤٤- المنتقى في شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي  
(٤٩٤هـ)، دار الكتاب العربي ببيروت.
- ٤٥- مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد بن  
عبدالرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب (٩٥٤هـ)، نشر مكتبة  
النجاح بليبيا.



## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

### ج - الفقه الشافعي :

- ٤٦- الإجماع لمحمد بن إبراهيم بن المنذر (ت ٣١٨هـ)، دار الدعوة بالاسكندرية، ط ٢، ١٤٠٢هـ.
- ٤٧- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود لمحمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط ١، ١٩٥٥م.
- ٤٨- حاشية قليوبي على شرح المنهاج لشهاب الدين قليوبي (١٠٦٩هـ)، مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة.
- ٤٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين ليحيى بن شرف بن مري الحوراني النووي (٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي ببيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
- ٥٠- روضة القضاة وطريق النجاة لعلي بن محمد السمناني (٤٩٩هـ)، مؤسسة الرسالة ببيروت، دار الفرقان بعمان، ط ٢، ١٩٨٤م.
- ٥١- الزواجر عن اقتراف الكبائر لأحمد بن محمد الهيتمي (٩٧٤هـ)، دار الباز، مكة المكرمة.
- ٥٢- فتاوى ابن الصلاح، إدارة الطباعة المصرية بالقاهرة.
- ٥٣- المجموع شرح المذهب ليحيى بن شرف بن مري الحوراني النووي (٦٧٦هـ)، دار العلوم للطباعة بالقاهرة، ١٩٧٢م.
- ٥٤- مغني المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧هـ)، مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، ١٩٥٨م.
- ٥٥- المذهب لأبي إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط ٢، ١٩٥٩م.

٥٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، (١٠٠٤هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، ١٩٣٨م.

**د- الفقه الحنبلي :**

٥٧- الاختيارات الفقهية من فتاوي ابن تيمية لعلاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي ( ٨٠٣هـ )، دار المعرفة ببيروت.

٥٨- إعلام الموقعين لأبي عبدالله محمد بن القيم، دار الجبل ببيروت ١٩٧٣م.

٥٩- الإفصاح عن معاني الصحاح ليحيى بن محمد بن هبيرة ( ٥٦٠هـ )، مطبعة الكيلاني بالقاهرة، ١٩٨٠م.

٦٠- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي ( ٨٨٥هـ )، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط ١، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م.

٦١- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لأبي عبدالله محمد بن القيم ( ٧٥١هـ )، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ١٩٥٣م.

٦٢- القواعد النورانية الفقهية لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية ( ٧٢٨هـ )، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط ١، ١٩٥١.

٦٣- كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ( ١٠٥١هـ )، مطبعة النصر الحديثة بالرياض.

٦٤- المبدع في شرح المقنع لأبي عبدالله محمد بن مفلح ( ٧٦٣هـ )، المكتب

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

الإسلامي ببيروت، ط ١، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٦٥- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل للشيخ أحمد ابن عبد الله القاري (١٣٥٩هـ)، مطبوعات تهامة بالسعودية، ط ١، ١٤٠١هـ.

٦٦- مجموع الفتاوي لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، دار العربية ببيروت ومعه السياسة الشرعية.  
٦٧- المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠هـ)، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

### هـ - مذاهب أخرى :

٦٨- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٤٥٦هـ)، دار الاتحاد العربي بالقاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

### رابعاً : كتب حديثة :

٦٩- دراسات في أصول المداينات للدكتور نزيه حماد، دار الفاروق بالطائف، ط ١، ١٩٩٠م، معه بحث المؤيدات الشرعية لحمل المدين الماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر الماطلة "تعقيب على مقال الشيخ الزرقا".  
٧٠- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، دار الكتب العلمية ببيروت، ط ١، ١٩٩١م.  
٧١- الشرط الجزائري لعبد المحسن سعيد الرويشد، رسالة دكتوراه بجامعة

- القاهرة، ١٩٨٣م.
- ٧٢- الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، دار أولي النهي، ط٢، ١٩٩٢م.
- ٧٣- الشرط الجزائي في القانون المدني والقانون الجزائي لنجاري عبدالله، رسالة ماجستير، بالقاهرة، ١٩٨٣م.
- ٧٤- الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة، ١٩٧١م.
- ٧٥- عقد القرض في الشريعة الإسلامية للدكتور علاء الدين خروقة، مؤسسة نوفل بيروت، ط١، ١٩٨٢م.
- ٧٦- نظرية الأجل في الالتزام لعبدالناصر العطار، مطبعة السعادة بالقاهرة، ١٩٧٨م.
- ٧٧- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية لعبد الناصر العطار، مطبعة السعادة بالقاهرة، ١٩٧٥م.
- ٧٨- وسائل الإثبات للدكتور محمد الزحيلي، دار البيان- دمشق، ط١، ١٩٨٢م.

#### خامساً : الكتب القانونية:

- ٧٩- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، مطبعة التوفيق بعمان، ط٢، ١٩٨٥م.
- ٨٠- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إعداد لجان تطوير التشريعات بمجلس الوزراء الكويتي.

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

- ٨١- الموجز في شرح القانون المدني العراقي لعبد المجيد الحكيم، شركة الطبع والنشر الأهلية ببغداد، ط١، ١٩٦٥م.
- ٨٢- نظرية الالتزام في القانون المدين المصري لأحمد حشمت أبوستيت، مطبعة مصر بالقاهرة، ١٩٤٥م.
- ٨٣- النظرية العامة للالتزام لجميل الشراوي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨١م.
- ٨٤- النظرية العامة للالتزام لعبد الحي حجازي، مطبعة الفجالة الجديدة، ١٩٥٤م.
- ٨٥- الوسيط في شرح القانون المدني لعبدالرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي ببيروت.

### سادساً : كتب اللغة والمصطلحات :

- ٨٦- تحرير ألفاظ التنبيه لمحي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، دار القلم، بدمشق، ط١، ١٩٨٨م.
- ٨٧- التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني (ت٨١٦هـ)، دار الكتاب العربي ببيروت، ط١، ١٩٨٥م.
- ٨٨- الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، منشورات وزارة الثقافة بدمشق، ١٩٨١م.
- ٨٩- لسان العرب لأبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور (٧١١هـ)، دار صادر ببيروت، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.
- ٩٠- المصباح المنير لأبي العباس أحمد بن محمد الفيومي (٧٧٠هـ)، المطبعة

- الأميرية بالقاهرة، ط ٦، ١٩٢٦م.
- ٩١- معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي وحامدقنيبي، دار النفائس ببيروت، ط ١، ١٩٨٥م.
- ٩٢- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، دار الجيل ببيروت، ط ١، ١٩٩١م.
- ٩٣- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وآخرين، المكتبة العلمية بطهران.
- ٩٤- المفردات في غريب القرآن للحسين بن محمد الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ١٩٦١م.
- ٩٥- الوجوه والنظائر في القرآن الكريم لهارون موسى، دار الحرية ببغداد، ١٩٨٨م.

#### سابعاً : الدوريات والفتاوي :

- ٩٦- أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة:
- أ- مقال : هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن لمصطفى أحمد الزرقا- العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٩٨٥م.
- ب- تعقيب على المقال السابق للدكتور رفيق المصري، العدد نفسه.
- ج- فتوى للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير بعنوان : الاتفاق على إلزام المدني الموسر بتعويض ضرر المماطلة، العدد الأول، المجلد الثالث، ١٩٨٥م.
- ٩٧- البحوث الفقهية المعاصرة مقال : منهج الفقه الإسلامي في عقوبة المدين

## صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

الماعطل للدكتور نزيه حماد، العدد الرابع عشر، ١٩٩٢م.

٩٨- البنوك في الأردن مقال : الشرط الجزائي: هل يجوز شرعاً؟ للشيخ

عبد الحميد السائح، حزيران ١٩٨٦م.

٩٩- الحقوق والشرعة، مقال : الشرط الجزائي في الشريعة والقانون للدكتور

زكي الدين شعبان، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧٧م.

١٠٠- فتوى من البنك الإسلامي الأردني عن الشرط الجزائي أجاب عنها

الشيخ السائح.

١٠١- فتوى من بنك البركة عن الشرط الجزائي أجاب عنها الدكتور الصديق

محمد الأمين الضير.

## *Abstract*

### **Protection of debts under Islamic Jurisdiction**

By

**Dr. *Mohammad Othman Shebair***

Asst. Professr, Faculty Sharia, Jordan University

This study deals with the Islamic figh methods concerning the doubtful debts issue affecting a considereable number of the contemporary financial institutions, with special concentration on the penalty clause applied by many contemporary laws, as when the creditor agreed to receive a Surplus payment from the debtor if the later fails to repay him on due time.

The Study shows that such clause is illegal if related to the debts and the surplus payment recieved by the creditor himself, because such action is considered no more than usury.

However the Surplus payment can be made to a welfare body, such as the poor.

The creditor also may enforce a clause that requires payment of the remaining installments if the debtor fails to pay any of them on due time. He also may enforce a clause that requires the debtor to subscribe in a mutual insurance fund, in order to protect his right, if the debtor fails to repay him.





حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

بسم الله الرحمن الرحيم

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

إعداد

الدكتور حسن عبدالغني أبو غدة \*

---

\* أستاذ مساعد في قسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية - جامعة الملك سعود - الرياض .



## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في هداية المسلمين

### المقدمة : نبذة عن البحث :

التعريف بالموضوع : يتصل هذا البحث بما يطلق عليه اليوم : " فقه العلاقات الدولية " . وتهدف دراسة هذا الموضوع إلي : بيان حكم الإسلام في قتل المدنيين من العدو، حال اشتراكهم في الحرب ضد المسلمين، كما تعدف الدراسة إلى بيان ما قد يترتب على قاتل المدنيين، من مسؤولية : « دينية » أو « مدنية » أو « جزائية »<sup>(١)</sup> .

أهمية الموضوع : تبدو أهمية الموضوع، من حيث ضرورة معرفة الحكم الشرعي في بعض صور قتل المدنيين من الأعداء، في حالات الحرب التي تقع بين المسلمين وعدوهم، كما حدث ويحدث في فلسطين المحتلة، وجنوبي لبنان، والبوسنة، والشيشان، وغيرها من البلدان؛ وذلك لما يصاحب النطق بلفظ المدنيين من استعظام واستنكار -على وجه العموم- لقتلهم.

### منهج البحث وطريقته :

يقوم منهج البحث في هذا الموضوع على جمع الأقوال الفقهية الفردية والمذهبية، من مصادرها المعتمدة، فضلاً عن تتبع الأدلة والوقائع العملية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ثم تخريجها وبيان وجوه الدلالة فيها، مع ترتيبها بطريقة متسلسلة.

هذا، وقد راعيت في العزو إلي كتب المذاهب الفقهية، التسلسل الزمني لوجود هذه المذاهب، وربما قدمت المرجع الأكثر استقاء للعبارة المذكورة، ثم الذي يليه . وقد أعزو في المسألة الواحدة إلى أكثر من كتاب في المذهب الواحد، للوفاء بتمام

(١) يقصد بالمسؤولية الدينية : الإثم، وبالمدنية : التكليف المالي من كفارة ودية ونحوها، وبالجزائية : استيفاء القصاص أو التعزير ممن يستحقه.

### المسألة المعزوة .

هذا، وقد اقتضى البحث الرجوع إلي كتب التفسير وكتب الحديث وشروحه، وكذلك الرجوع إلي كتب السيرة والتاريخ واللغة، وإلى بعض المؤلفات العصرية، ذات الصلة .

هذا، وقد جاءت الخطة على النحو التالي :

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : في التعريف بالمدينين الحريين .

المبحث الثاني : في حكم قتل المدينين الحريين إذا لم يشتركوا في الحرب .

فصل : في حكم قتل المدينين الحريين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : عرض النصوص الفقهية المذهبية في الموضوع .

المبحث الثاني : بيان الأدلة على جواز قتل المدينين المشتركين في الحرب .

المبحث الثالث : بيان حكم الشرع فيمن قتل مدنياً شارك في القتال .

الخاتمة : في بيان أهم معالم ونتائج هذا البحث .

فهرس المصادر والمراجع .

ومن الله تعالى أستمد العون والتوفيق، وهو حسبي ونعم الوكيل .

التمهيد : وفيه مبحثان :

## **المبحث الأول**

### **في التعريف بالمدنيين الحربيين**

#### **أولاً : المراد بالمدنيين :**

المدنيون في اللغة : جمع مدني، نسبة إلى مدينة<sup>(١)</sup> ، ويراد بهم في علم العلاقات الدولية المعاصر : الذين لا يمارسون الأعمال الحربية، وينبغي للعدو احترامهم<sup>(٢)</sup> .

ويُطلق عليهم في الفقه الإسلامي : غير المقاتلين، وغير المقاتلة (بضم الميم وكسر التاء) وغير المحاربين<sup>(٣)</sup> ، ومن لا يحلُّ قتله من الكفرة الحربيين<sup>(٤)</sup> ، وللفقهاء اتجاهان رئيسان في تحديد المراد بهؤلاء :

الاتجاه الرئيس الأول : يحصرهم في النساء والصبيان والرسل (الدبلوماسيين) وهذا هو القول الأظهر عند الشافعية<sup>(٥)</sup> ، وإليه ذهب ابن المنذر<sup>(٦)</sup> ، وابن حزم<sup>(٧)</sup> . واستدل هؤلاء بأدلة خاصة فيها : النهي عن قتل النساء، والصبيان<sup>(٨)</sup> ، والرسل<sup>(٩)</sup> . واعتبروا هذه الأصناف فقط، مستثناة من عموم قوله تعالى : ﴿فاقتلوا المشركين

(١) الصحاح : مادة : «مَدَنَ» .

(٢) القانون الدولي العام في السلم والحرب للدكتور الشافعي محمد البشير طبع القاهرة ١٩٧٤م .

(٣) شرح السير الكبير ٤١/٢-٤٢ ومنع الجليل ٧١٤/١ والأم ٢٤٠/٤ والمغني ١٧٨/١٣ والمحلى ٢٩٦/٧ .

(٤) بدائع الصنائع ١٠١/٧-١٠٢ والإقناع ٩/٢ .

(٥) منهاج المطالبين وشرح المحلى ٢١٨/٤ .

(٦) المغني ١٧٧/١٣-١٧٨ .

(٧) المحلى ٢٩٦/٧ .

(٨) شرح صحيح مسلم للنووي ٤٨/١٢ .

(٩) عون المعبود ٢٤٢/٧ وزاد المعاد ٣٢/٣ و٧٥/٢ .

حيث وجدتموهم ﴿١﴾ . وعموم حديث : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله ... » ﴿٢﴾ .

الاتجاه الرئيس الثاني : يرى أن المدنيين الحريين هم : كل من لا يتأتى منه القتال، لاعتبارات بدنية أو عرفية، وإذا هو المروي عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وابن عباس<sup>(٣)</sup> -رضي الله عنهم- وهو المنقول عن مجاهد وعمر بن عبد العزيز<sup>(٤)</sup> ، وإليه ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>(٥)</sup> ، والمرتضى والقاسمية<sup>(٦)</sup> .

وقد ضرب أصحاب الاتجاه الثاني أمثلة لهؤلاء الذين لا يتأتى منهم القتال بالأصناف التالية :

- ١- النساء .
- ٢- الصبيان .
- ٣- الرسل .
- ٤- الشيوخ .
- ٥- الرهبان<sup>(٧)</sup> .
- ٦- الزمّني<sup>(٨)</sup> .
- ٧- السوق، كالتجار والمزارعين والعمال والمستخدمين<sup>(٩)</sup> .

(١) سورة التوبة ٥ .

(٢) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان برقم ١٤ .

(٣) المغني ١٣/١٧٧-١٨٠ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢ .

(٥) بدائع الصنائع ١٠١/٧ ومنع الجليل ٧١٤-٧١٥ ومطالب أولي النهى ٥١٨/٢ .

(٦) البحر الزخار ٣٩٧/٦-٣٩٨ .

(٧) صنف من النصارى، منقطعون للعبادة في الصوامع، مبتعدون عن مخالطة الناس، يتدبّنون لله تعالى بترك قتال

الآخرين ، انظر : مجموع الفتاوى ٢٨/٦٦٠ و٦٦١ وأحكام القرآن للجصاص ١/٣٢٠ .

(٨) جمع زَمِن (بفتح الزاي وكسر الميم) وهو : الإنسان المبتلى بعاة أو آفة جسدية مستمرة، تعجزه عن القتال، بحيث

لا يُخشى منه عادة أن يصير إلى حال يقاتل فيها، انظر : حاشية الدسوقي ١٧٦/٢ والمغني ١٣/١٨٠ .

(٩) انظر هذه الأصناف في : أحكام القرآن لابن العربي ١٠٤/١ والمواضع السابقة في البدائع والمنع والمطالب .

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة أخرى خاصة -زائدة عما استدل به أصحاب الاتجاه الأول- فيها النهي عن قتل بقية الأصناف السبعة، واعتبارها مستثناة أيضاً من الأدلة العامة، المتضمنة مشروعية قتل المقاتلين من الكفار<sup>(١)</sup>.

وإن الناظر في أدلة الفريقين يترجح لديه مذهب إليه أصحاب الاتجاه الفقهي الثاني، وهم الجمهور؛ لأن الآيات والأحاديث تومئ إلى أن علة قتل الكفار المحاربين هي : المحاربة والمقاتلة، لا مجرد الكفر<sup>(٢)</sup>.

هذا، ومما ينبغي أن يلاحظ اليوم قيام بعض الدول بتجنيد النساء في قواتها المسلحة، وكذلك اعتبار بعض السوقة قوة احتياطية، يُعتمد عليها في حالة ما يطلق عليه : النفير العام، أو التعبئة العامة.

والظاهر أن هؤلاء وأمثالهم -بهذا الوصف- ممن يتأتى منهم القتال، لا يعدون في المدنيين، لما هو مقرر : أن الحكم يتغير بتغير علته.

### ثانياً : المراد بالحربيين :

الحربيون : جمع حربي، نسبة إلى دار الحرب، وهي : البلاد التي يغلب فيها حكم الكفار، وبينها وبين المسلمين حرب<sup>(٣)</sup>، فأهل تلك البلاد هم الحربيون.

ولا يلزم من وصف الواحد من تلك البلاد بأنه حربي: أنه مقاتل ومحارب، إذ ليس كل حربي مقاتلاً، وذلك كالنساء والصبيان والشيوخ ونحوهم، من المدنيين المنتمين إلى دار الحرب، الذين لا يتأتى منهم القتال غالباً .

(١) بداية المجتهد ٣٨٣/١-٣٨٤ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٢) فتح القدير ٢٠٣/٥ و٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٨/١٣-١٨٠.

(٣) الدر المختار ورد المحتار ٢٥٣/٣ والإتصاف ١٢١/٤.

هذا، وقد كان من الضروري في عنوان البحث تقييد لفظ «المدنيين» بالحريين، ووصفهم بذلك؛ لبصير العنوان جامعاً، ومانعاً من أن يدخل تحته «المدنيون» من البغاة والذميين والمعاهدين . . .

ومع هذا، فما دام موضوع البحث هو في «المدنيين الحريين» دون غيرهم، فقد اكتفي -أثناء الكتابة- بذكر لفظ «المدنيين» من غير وصفهم بالحريين، اختصاراً للكلام المعهود في عنوان البحث .

### المبحث الثاني

#### في حكم قتل المدنيين الحريين إذا لم يشتركوا في الحرب

اتفق الفقهاء على منع قتل المدنيين إذا لم يشتركوا في الحرب، بأي صورة من صورها الحسية والمعنوية<sup>(١)</sup>، مع مراعاة مفهوم المدنيين، في ضوء الاتجاهين الفقهيين السابقين .

#### أدلة منع قتل المدنيين إذا لم يحاربوا :

استدل الفقهاء لمنع قتل المدنيين إذا لم يشتركوا في الحرب بعدد من الأدلة، من أهمها :

الدليل الأول : حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- : أن امرأة وُجدت في بعض مغازي<sup>(٢)</sup> النبي صلى الله عليه وسلم مقتولة، فأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان<sup>(٣)</sup> .

(١) بدائع الصنائع ١٠١/٧ ومنح الجليل ٧١٤/٧-٧١٥ وأسنن المطالب ١٩٠/٤ والمغني ١٧٧/١٣-١٧٨ والمحلى ١٩٦/٧ والبحر الزخار ٣٩٧/٦ .

(٢) أي : فتح مكة كما في رواية الطبراني المذكورة في فتح الباري ١٤٨/٦ .

(٣) متفق عليه كما في اللؤلؤة والمرجان برقم ١١٣٨ .



## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

الدليل الثاني : المقعول، وبيانه : أن المدنيين -بحسب مفهوم كل اتجاه- ليس من شأنهم غالباً مقاتلة المسلمين وإيذاؤهم، إما لضعف أجسامهم، وإما لخَوَر نفوسهم في الحرب<sup>(١)</sup>، وإما لجريان عاداتهم بتجنّب الحرب واعتزالها<sup>(٢)</sup>.

وإذا تقرر هذا، فلا يجوز قتل المدنيين في تلك الحال، لأن قتلهم إفساد في الأرض، وليس من غرض الشارع ذلك، وإنما غرضه إصلاح العالم، وذلك يحصل بقتل المقاتلين، سوى النساء والصبيان ونحوهم ممن لا يتأتى منه القتال<sup>(٣)</sup>.

هذا، ويجدر بالذكر : أن الاجتهادات الدولية المعاصرة تلتقي -إجمالاً- مع ماذهب إليه جمهور الفقهاء، فيمن يشمله مصطلح « المدنيين »<sup>(٤)</sup>. في حين أن المعمول به -غالباً- في ساحات الحرب غير ذلك، إذ يصنّف الرجال مابين ١٧-٥٥ سنة في عداد المقاتلين، ولو كانت طبيعة حياتهم وأعمالهم مدنية، كما حدث في الحريين العالميتين الأولى والثانية<sup>(٥)</sup>، وكما حدث في البوسنة والهرسك، وفي الشيشان وفي غيرها من البلدان...

(١) المسوط ٥/٩ وحاشية الدسوقي ١٧٦/٢ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ ومطالب أولي النهى ٥١٧/٢.

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٢٠٣ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٨/١٣-١٨٠.

(٣) نصب الرأية ٣٨٧/٣ وجواهر الإكليل ١٥٣/١ ومجموع الفتاوى ٣٥٥/٢٨.

(٤) القانون الدولي العام (مرجع سابق) ص ٤٣٤ والحقوق الدولية العامة ص ٤٤٤ للدكتور فؤاد شباط طبع جامعة دمشق ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م.

(٥) تاريخ أوروبا في العصر الحديث ص ٢٥ و ٣٠ و ١٨٠ و ٤٠٥ و ٦٨٣ مؤلفه د. فِشَر الطبعة الخامسة لدار المعارف بمصر بدون تاريخ.

## الفصل الأول

### حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

ذهب عامة الفقهاء إلى جواز قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في الحرب ضد المسلمين، سواء أكانوا مختلطين بالمقاتلين الأصليين أم كانوا غير مختلطين بهم، لافرق في هذا بين ما إذا كان اشتراكهم في الحرب حقيقياً، وبين ما إذا كان اشتراكهم معنوياً حكماً، وهذا قول فقهاء الصحابة والتابعين، وأصحاب المذاهب الأربعة، وبه يقول ابن حزم وغيره<sup>(١)</sup>.

واليك تفصيل ذلك في ثلاثة مباحث، على النحو التالي:

## المبحث الأول

### عرض النصوص الفقهية المذهبية في الموضوع

أرى من المناسب ذكر بعض النصوص الفقهية؛ للإحاطة المباشرة بأقوال الفقهاء فيما نحن بصدد، وللتأكيد على سعة باعهم في معرفة ميادين الحياة العملية، وعلى دقتهم، وعمق نظرهم فيما يدور حولهم من أحداث، في مجال ما يطلق عليه اليوم : « العلاقات الدولية ». وهذا بيان ذلك :

أولاً : جاء في كتب الحنفية : « أما في حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة، ولا صبي، ولا شيخ فان، ولا مقعد، ولا يابس الشق، ولا أعمى، ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف، ولا مقطوع اليد اليمنى، ولا معتوه، ولا راهب في صومعة،

---

(١) شرح السير الكبير ٤١/١ وبداية المجتهد ٣٨٣/١-٣٨٤ والجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢ وحاشية القليوبي ٢١٨/٤ والمفتي ١٧٧/١٣-١٨٢.

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

ولاسائح في الجبال لا يخالط الناس، وقوم في كنيسة ترهبوا وطُبق عليهم الباب... لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون، ولو قالت واحد منهم قتل<sup>(١)</sup>، وكذا لو حرّض على القتال، أو دلّ على عورات المسلمين ( ويخرّج علي هذا : التحريض في وسائل الإعلام وتجسّس ما يسمى : رجال الدفاع المدني عبر تنقلاتهم)<sup>(٢)</sup> أو كان الكفرة ينتفعون برأيه، أو كان مطاعاً، وإن كانت امرأة، أو صغيراً، لوجود القتال من حيث المعنى... بالرأي والطاعة والتحريض، وأشباه ذلك على ما ذكرنا<sup>(٣)</sup> .

ثانياً : قال المالكية : اتفق العلماء على جواز قتل من قاتل من الصبيان، والنساء، وأهل الصوامع، والعميان، والزمنى، والشيوخ، والفلاحين، والأجراء<sup>(٤)</sup> ، فالمرأة تقتل إن قاتلت، ولها آثار عظيمة في القتال، منها الإمداد بالأموال، ومنها التحريض على القتال، وكذلك الصبيان ومن ذكرنا، فهؤلاء يقتلون إن قاتلوا، ولو برأي ومشورة وتدبير<sup>(٥)</sup> .

ثالثاً : قال الشافعية : الصبي والمرأة والمجنون... إن قاتلوا جاز قتلهم، وكذا من سبّ منهم الإسلام (يخرّج عليه التحريض في وسائل الإعلام) ولا عبرة بسبّ الصبي والمجنون<sup>(٦)</sup> .

(١) يلاحظ هنا : تجنيد النساء في بعض الجيوش للقيام بأعمال حربية أو مساندة: كقيادة الآليات والقيام على الاتصالات والاستخبار... الخ.

(٢) قد تقع إغانة « الدفاع المدني » بنقل المجرى المحاربين ومعالجتهم، أو طلب التبرع لهم بالدم، أو تزويد المقاتلين بالمعلومات حال التنقل بينهم، أو حفر الخنادق، ونحو ذلك من صور الإغانة الحربية -المموهة- التي يشملها كلام الفقهاء.

(٣) بدائع الصنائع ١٠١/٧ .

(٤) بداية المجتهد ٣٨٣-٣٨٤ .

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ١٠٤/١-١٠٦ .

(٦) حاشية القليوبي ٢١٨/٤ .

رابعاً : جاء في كتب الحنابلة : « لو وقفت امرأة في صف الكفار أو على حضهم ، فشتمت المسلمين وتكشفت لهم ، جاز رميها قصداً . . . وكذلك يجوز رميها إذا كانت تلتقط السهام لهم ، أو تسقيهم الماء ، أو تحرضهم على القتال؛ لأنها في حكم المقاتل ، وهذا الحكم في الصبي والشيخ وسائر من مُنع من قتله منهم»<sup>(١)</sup> .

وقالوا في موضع آخر : « لانعلم في هذا خلافاً ، وبهذا قال الأوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي »<sup>(٢)</sup> .

### المبحث الثاني

#### بيان الأدلة على جواز قتل المدنيين المشتركين في الحرب

استدل فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم لما تقدم بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يقاتلونكم﴾<sup>(٣)</sup> .

وجه الدلالة : أن الآية تبيح قتال من قاتل من الكفار<sup>(٤)</sup> ، ويصير المعني : دافعوا الذين يبتدونكم بالقتال عامة<sup>(٥)</sup> ، وهذا يشمل : النساء والصبيان والفلاحين ، وسائر « المدنيين » إن قاتلوا<sup>(٦)</sup> .

الدليل الثاني : حديث الربيع بن صيفي -رضي الله عنه- قال : « كنا مع النبي صلى عليه وسلم في غزوة<sup>(٧)</sup> ، فرأى الناس مجتمعين على شيء ، فبعث رجلاً

(١) المغني ١٣/١٤١ .

(٢) المغني ١٣/١٧٩ و ١٨٠ .

(٣) سورة البقرة ١٩٠ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٢١ وزاد المسير ١/١٩٧ .

(٥) التحرير والتنوير ٢/٢٠١ .

(٦) بداية المجتهد ١/٣٨٤ والجامع لأحكام القرآن ٢/٣٤٨-٣٤٩ .

(٧) هي : فتح مكة كما في رواية الطبراني المذكورة في فتح الباري ٦/١٤٨ .

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في صدارة المسلمين

فقال : انظر، عَلَامَ اجتمع هؤلاء؟ فجاء رجل فقال : امرأة قتيل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما بالها قتلت، وهي لاتقاتل»<sup>(١)</sup> . ووجه الدلالة : أن مفهومه، أنها لو قاتلت لقتلت<sup>(٢)</sup> .

الدليل الثالث : حديث ابن عباس رضي الله عنهما : « أن النبي صلى الله عليه وسلم، مرُّ بامرأة مقتولة يوم حنين<sup>(٣)</sup> ، فقال : مَنْ قتل هذه؟ فقال أنا يا رسول الله، أردفتها خلفي، فأهوت إلى قائم سيفي لتقتلني فقتلتها، فلم يُنكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأمر بها أن توارى»<sup>(٤)</sup> . ووجه الدلالة : أن الصحابي لما علل قتله للمرأة -المدنية في الأصل- بأنها صارت مقاتلة، لمباشرتها محاولة قتله، أقره النبي صلى الله عليه وسلم على قتلها، فدل هذا على جواز قتل « المدنيين » إن قاتلوا، لافرق بين امرأة وغيرها<sup>(٥)</sup> .

الدليل الرابع : حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قَرَعَ من حنين، بعث أبا عامر ( ربيعة بن رفيع السلمي

(١) أخرجه أحمد في المسند ١١٥/٢ و١٧٨/٤ و٤٤٨/٣ وابن ماجه في السنن ٩٤٨/٢ وأبو داود وسكت عنه كما في عون المعبود ٣٢٩/٧ وأخرجه الحاكم وصححه وأقره الذهبي، كما في بلوغ الأمان ٦٤/١٤ وأخرجه ابن حبان في صحيحه، وقال : هذا الخبر محفوظ كما في نصب الراية ٣٨٧/٣ وفيه : أن النسائي وعبد الرزاق أخرجاه أيضاً، وأصل الحديث في الصحيحين، انظر : اللؤلؤ والمرجان برقم ١١٣٨ .

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٣/١ وفتح الباري ١٤٨/٦ والمغني ١٧٨/١٣ و١٨٠ .

(٣) وقيل : يوم الخندق كما في المغني ١٨٠/١٣ وقيل : في الطائف كما في فتح الباري ١٤٨/٦ والراجح أن القصة واحدة، وأنها كانت في حنين، لذكر هزيمة المسلمين في بعض رواياتها كما في نيل الأوطار ٢٤٧/٧ .

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٢٥٦/١ وأخرجه أبو داود مرسل عن عكرمة كما في فتح الباري ١٤٨/٦ وأخرجه ابن أبي شيبه مرسل عن عبد الرحمن بن يحيى الأنصاري، وأخرجه الطبراني موصولاً، وفيه حجاج بن أرطاة كما في نيل الأوطار ٢٤٧/٧ وذكره في المغني ١٨٠/١٣ عن ابن عباس، وحجاج بن أرطاة صدوق، كثير الخطأ والتدليس كما في تقريب التهذيب ص ١٥٢ .

(٥) المغني ١٨٠/١٣ وفتح الباري ١٤٨/٦ ونيل الأوطار ٢٤٧/٧ والبحر الزخار ٣٩٧/٦ .

رضي الله عنه ) على جيش أوطاس، فلقي دُرَيْدُ بن الصَّمَّة، وكان قد نيف على المائة، وقد أحضروه ليدبر لهم الحرب، فقتله أبو عامر، ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك<sup>(١)</sup>، وفي روايات أخرى : أن دريداً كان قد كُفَّ بصره، وكان ذا رأي في الحرب، وأشار عليهم برأيه فخالفوه، فقال فيهم :

أمرتهم أمري بمنعرج اللَّوى      فلم يستبينوا الرشد إلا ضحى الغد  
فلما عَصَوِي كنتُ منهم وقد      أرى غوايتهم وأنني غير مهتد<sup>(٢)</sup>

وجه الدلالة : سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عن ثقل دريد الشيخ الفاني، وعدم إنكاره ذلك، لعلمه بمشاركة دريد قومه الرأي والتدبير في الحرب ضد المسلمين<sup>(٣)</sup>، لأن الرأي من أعظم المؤنة في الحرب، وربما كان أبلغ من القتال<sup>(٤)</sup>.

الدليل الخامس : حديث " « قتل النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة امرأة أُلقت رحي على محمود بن مسلمة<sup>(٥)</sup> » . وجه الدلالة : أن المرأة باشرت القتل في الحرب فصارت مقاتلة، فقتلها النبي صلى الله عليه وسلم لذلك<sup>(٦)</sup>.

استدراك على الاحتجاج بقصة في يوم قريظة : استدلل الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي لجواز قتل المدنيين إذا حاربوا، بقصة قتل النبي صلى الله عليه وسلم الزبير

(١) خبر قتل دريد رواه البخاري، انظر : فتح الباري ٤١/٨ وانظر نيل الأوطار ٢٤٨/٧ والقصة مفصلة في سنن البيهقي ٩١/٩-٩٢.

(٢) السيرة النبوية ٩٥/٤ والبداءة والنهاية ٣٣٧/٤.

(٣) المبسوط ٢٩/٩ والمغني ١٧٩/١٣ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٤) مطالب أولي النهى ٥١٨/٢.

(٥) المغازي للواقدي ٦٤٥/٢ و ٦٥٨ والإصابة ٣٨٧/٣ وفيهما : أن الحادثة كانت يوم خيبر لا يوم بني قريظة، وأن الذي ألقى الحجر على محمود هو مرحب، أما الذي قتلته المرأة يوم قريظة فهو خالد بن سويد، وانظر : السيرة النبوية ٢٥٣/٣.

(٦) المغني ١٧٩/١٣ وفيه وردت هذه القصة بهذه الرواية.

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

بن باطا، وكان رجلاً أعمى من يهود بني قريظة، وذلك لمظاهرة قريشاً على المسلمين يوم الأحزاب، ونقضه وقومه العهد مع النبي صلى الله عليه وسلم<sup>(١)</sup>.

لكن البيهقي وابن القيم ذكرا : أن الصحابي ثابت بن قيس رضي الله عنه، استوهب النبي صلى الله عليه وسلم الزبير بن باطا وأهله وماله، فوهبهم له، فقال له ثابت : قد وهبك رسول الله صلى الله عليه وسلم إلي، وهب لي مالك وأهلك، فهم لك، فقال الزبير : سأترك بيدي عندك يا ثابت، إلا ألحقتني بالأحبة، فضرب عنقه، وألحقه بالأحبة من اليهود<sup>(٢)</sup>. وهكذا فالقصة -بحسب رواية البيهقي وابن القيم- لاتصلح -في ظني- حجة لما ذكره الأستاذ الدكتور الزحيلي.

الدليل السادس : يصلح حجة لما نحن بصدده، ولم أجد من ذكره من الفقهاء، وهو حديث : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان، إلا من عدا منهم بالسيف »<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة : أن الحديث يدل بوضوح على جواز قتل « المدنيين » حال حملهم السلاح لقتال المسلمين.

الدليل السابع : الإجماع : قال ابن قدامة : ومن قاتل من النساء أو الصبيان أو الشيوخ أو الرهبان أو الزمنى أو العبيد أو الأجراء أو الفلاحين . . قتلوا، لانعلم

(١) آثار الحرب للدكتور وهبة الزحيلي ص ٤٩٧ الطبعة الثالثة بدمشق بدون تاريخ.

(٢) السنن الكبرى ٦٦/٩ وزاد المعاد ٧٤/٢.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في المصنف ٢٠٢/٥ وسعيد بن منصور في السنن ٢٣٩/٢ عن الضحاك بن مزاحم، والحديث مرسل كما هو واضح، والضحاك صدوق كما في تقريب التهذيب ص ٢٨٠ والمرسل حجة عند بعض العلماء منهم : أبو حنيفة ومالك وأحمد والثوري والأوزاعي كما في قواعد التحديث ص ١٠٥.

فيه خلافاً<sup>(١)</sup> . وينحو هذا قال ابن رشد وابن جزري والنووي<sup>(٢)</sup> .

وذكر ابن القيم : أن المسلمين أجمعوا على أن حكم الردء حكم المباشر؛ لأن المباشر إنما باشر الإفساد بقوة الباقي، ولولاهم ماوصل إلى ماوصل إليه، وهذا هو الصواب الذي لا شك فيه<sup>(٣)</sup> .

وظاهر كلام ابن القيم : أن « المدنيين » يقتلون بالإجماع، إن كانوا رداءً في الحرب، ولو من حيث المعنى كالتحريض والدلالة والمشورة والمال؛ لأن الحرب كما تكون بالأفراد والسلاح، تكون بغيرهما، وهذا واضح في النصوص الفقهية التي سبق ذكرها .

الدليل الثامن : المعقول، وبيانه : أن الإسلام شرع قتل المقاتلين الحربيين لدفع ضررهم وردّ شرهم وإزالة مفسدتهم<sup>(٤)</sup> ، ولما زایل المدنيون الحالة التي نُهينا عن قتلهم فيها، صاروا مقاتلين<sup>(٥)</sup> ، فيُفعل بهم كما يُفعل بغيرهم ممن أمرنا بقتالهم<sup>(٦)</sup> .

الدليل التاسع : قولُ الصحابة والتابعين وفعلهم، فقد قال الحسن البصري: « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتلون من النساء والصبيان ما أعان

(١) المغني ١٣/١٧٨-١٨٠ .

(٢) بداية المجتهد ١/٣٨٣ والقوانين الفقهية ص ٩٨ وشرح صحيح مسلم ١٢/٤٨ .

(٣) زاد المعاد ٢/١٦٩ .

(٤) اللباب ٤/١١٩-١٢٠ وجواهر الإكليل ١/٢٥٣ والأم ٤/٢٤٠ .

(٥) فتح القدير ٥/٢٠٢-٢٠٣ وحاشية اللسوقي ٢/١٧٦ والأم ٤/٢٤٠ والإنصاف ٤/١٢٨ .

(٦) بداية المجتهد ١/٣٨٣ و٣٨٥ .



## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

عليهم<sup>(١)</sup> . وفي رواية أخرى له: «إذا خرجت المرأة من المشركين تُقاتل فلتُقتل»<sup>(٢)</sup> . هذا، وإذا كان الحكم كذلك في النساء والصبيان، مع ما لهم من خصوصية في أحكام الجهاد، فغيرهم من «المدنيين» أولى بالقتل حال قتالهم ضد المسلمين.

وهكذا يتضح مما سبق : أن قتل «المدنيين» حال اشتراكهم في الحرب جائز في الإسلام، سواء أكان اشتراكهم حساً أم معنئ، بالفعل أو بالقول، أو بالتحريض أو بالتدبير والمشورة والرأي، أو بالإمداد بالسلح والمال، أو بمعالجة الجرحي المقاتلين، ليعودوا إلى ساحات الحرب، أو بتقديم الغذاء والماء والمعلومات للمقاتلين، أو تقوية روحهم المعنوية ولو عبر وسائل الإعلام والدفاع المدني -بأسلوب مموه خفي- وهم في هذه الصور ونحوها ردة للمقاتلين الأصليين، ويأخذون حكمهم في جواز قتلهم، وذلك لدفع شرورهم وإذاياتهم.

هذا، ولا بد من القول : بأن تقدير مدى خطورة ماتقدم يرجع إلى ولي الأمر أو نائبه في ساحة الحرب، فهو الذي يقدر ذلك، ويقرر مايناسبه من الأحكام والتصرفات العملية؛ لأن كثيراً من أحكام الجهاد تحكمه قواعد ومبادئ السياسة الشرعية، التي تهدف إلى تحقيق مصلحة المسلمين ودرء المفسدة عنهم، كما هو مقرر في مواضعه<sup>(٣)</sup> .

هذا، وتلتقي الاجتهادات الدولية المعاصرة-إجمالاً- مع ماسبق بيانه في الفقه

(١) أخرجه ابن أبي شبة في المصنف ٤٨٥/٦ عن علي بن هاشم عن إسماعيل ( ابن أبي خالد ) عن الحسن البصري، والخير موقوف عليه، أما علي وإسماعيل فثقتان كما في تقريب التهذيب ص ١٠٧ و ٤٠٦ .

(٢) أخرجه ابن أبي شبة في المصنف ٤٨٥/٦ عن يزيد ( بن زريع البصري ) عن هشام ( بن حسان الأزدي ) عن الحسن البصري من كلامه، ويزيد وهشام ثقتان كما في تقريب التهذيب ص ١٥٧٢ و ٦٠١ .

(٣) فتح القدير ٢٠٣/٥ والمحل ٢٩٦/٧ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٤٢، ولا يمنع ماتقدم من القول : بأن لولي الأمر المسلم توقيع اتفاقيات تستثني بعض الأصناف كالأطباء والمرضين ورجال البريد ونحوهم من كونهم من المدنيين المقاتلين، وذلك من باب السياسة الشرعية التي لاتخرج على القواعد الشرعية الثابتة، معاملة بالمثل.

الإسلامي، وقد لا تتفق معه في بعض الصور والحالات<sup>(١)</sup>، كعدم اعتبارها رجال البريد والصيدلة والأطباء والقائمين على الإمدادات الغذائية والطبية-والذين يمارسون نشاطات ذات صبغة غير حربية- من المحاربين .

هذا، ويلاحظ أن كثيراً مما جرى ويجري في الساحة الدولية الحديثة- تحت سمع وبصر الهيئات الأُممية- تشيب لهوله الولدان، وذلك لما يتصف به من فظاعة، تفرع لها المشاعر الإنسانية! . وليست بلاد الشيشان والبوسنة وفلسطين المحتلة وجنوبي لبنان وغيرها، بعيدة عن هذا .

### المبحث الثالث

#### بيان حكم الشرع فيمن قتل مدنياً يشارك في القتال

من خلال الأدلة والأحكام السابق بيانها، يمكن القول : إن عامة الفقهاء لا يترتبون أي مسؤولية على المقاتل المسلم، في حال قتله مدنياً شارك في الحرب ضد المسلمين فهو ليس عليه إثم ولا كفارة ولادية ولا مساءلة جزائية؛ لأنه فعل المأمور به شرعاً في قول الله تعالى : ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يقاتلونكم﴾<sup>(٢)</sup>، بل هو مأجور -بحسب نيته- في ذلك ، لقيامه بفرض الجهاد، ودفاعه عن مجتمع المسلمين .

هذا، ومن المقرر في الفقه الإسلامي: أن دم الحربي هدر، لا يتقوم إلا بالإسلام أو الأمان<sup>(٣)</sup>، ولم يوجد واحد منهما في « المدني » حال اشتراكه في الحرب ضد المسلمين، لذلك لم يترتب على قاتله شيء .

(١) الحقوق الدولية العامة (مرجع سابق) ص ٤٤٦ و ٤٥٢ .

(٢) سورة البقرة ١٩٠ .

(٣) فتح القدير ١٩٦/٥ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧٧/٢ والأم ٢٣٩/٤ و ٢٤٣-٢٤٤ والمغني ٥٦/١٢ والبحر الزخار ٤٠٧/٦ .

### **الخاتمة**

#### **بيان أهم معالم ونتائج هذا البحث**

يجدر تلخيص هذا البحث في النقاط التالية :

أولاً : للفقهاء اتجاهات رئيسان في تحديد المراد بغير المقاتلة من أفراد العدو، الذين يطلق عليهم حديثاً مصطلح « المدنيين » فالاتجاه الأول : يحصرهم بالنساء والصبيان والرسول، والاتجاه الثاني : يراهم في كل من لا يتأتى منه القتال، لاعتبارات بدنية أو عرفية، وهذا ما تلتقي به -إجمالاً- الاجتهادات الدولية المعاصرة.

ثانياً : اتفق الفقهاء على منع قتل المدنيين، إذا لم يشتركوا في الحرب مطلقاً . - مع مراعاة مفهوم المدنيين، في ضوء الاتجاهين الفقهيين السابقين- وذلك لأدلة وردت في هذا الشأن.

ثالثاً : اتفق الفقهاء على جواز قتل المدنيين حال اشتراكهم -مطلقاً- في محاربة المسلمين، بأي صور من الصور : الحقيقية أو الحكمية، سواء أكانوا مختلطين بالمقاتلين الأصليين، أم غير مختلطين بهم، وذلك لما ثبت -في هذا الشأن- من أدلة ومن وقائع عملية عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا موضع إجماع الفقهاء، ويؤيده المعقول، وبه تلتقي -في بعض الصور- الاجتهادات الدولية المعاصرة.

رابعاً : ليس على المقاتل المسالم إثم ولا كفارة ولادية ولا مسؤولية من أي نوع ، لقتله مدنياً حال اشتراكه في الحرب ضد المسلمين، بل هو مأجور في هذا؛ لقيامه بشعيرة الجهاد، وهو ما يقرره عامة الفقهاء .

## فهرس المصادر والمراجع

### كتب التفسير :

- ١- أحكام القرآن، للجصان - طبع اسطنبول ١٣٢٥هـ .
- ٢- أحكام القرآن، لابن العربي - ط٢ لعيسى البايي بمصر ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .
- ٣- التحرير والتنوير، لابن عاشور- طبع الدار التونسية للنشر ١٩٨٤م .
- ٤- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ط١ لدار الكتب المصرية بالقاهر ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م .
- ٥- زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي- ط٤ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

### كتب الحديث وعلومه :

- ١- بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، لأحمد عبدالرحمن البنا- ط٣ لدار العلم بجدة ١٤٠٤هـ .
- ٢- تقريب التهذيب، لابن حجر- ط٣ لدار القلم ببيروت ١٤١١هـ - ١٩٩١م .
- ٤- سنن البيهقي، ط١ بحيدر آباد الدكن بالهند ١٣٥٦هـ .
- ٥- سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي- ط١ لدار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ٦- شرح صحيح مسلم للنووي ( المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ) دار الفكر ببيروت د . ت .
- ٧- عون المعبود على سنن أبي داود، لشمس الحق آبادي، تحقيق عبدالرحمن

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

- عثمان- طبع دار الكتاب العربي ببيروت د.ت.
- ٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر- المطبعة السلفية بمصر د.ت.
- ٩- قواعد التحديث في فنون مصطلح الحديث، لمحمد جمال الدين القاسمي- ط١ لدار النفائس ببيروت ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.
- ١٠- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، لمحمد فؤاد عبد الباقي- طبع عيسى البابي الحلبي بمصر ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م.
- ١١- مسند أحمد بن حنبل ( بهامشه منتخب كنز العمال للهندي ) ط١ بيروت ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- ١٢- مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال الحوت- ط١ لدار التاج ببيروت ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ١٣- مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي - ط١ بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- ١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية، للزيلعي- ط١ بالهند ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.
- ١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للشوكاني- طبع دار القلم ببيروت د.ت.

### **كتب الفقه :**

- ١- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للأنصاري - نشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض يحيى د.ت.

- ٢- الإقناع، للحجاوي - طبع مصطفى محمد بمصر د.ت.
- ٣- الأم، للشافعي، طبع دار المعرفة ببيروت د.ت.
- ٤- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي-ط ١ بمصر ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م.
- ٥- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للمرئضي-ط ٢ لمؤسسة الرسالة ببيروت ١٣٩٤هـ/١٩٧٥م.
- ٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني- دار الكتب العلمية ببيروت د.ت.
- ٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، ط ٩ لدار المعرفة ببيروت ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م.
- ٨- جواهر الإكليل في شرح مختصر خليل، للآبي -ط ١ لمكتبة الثقافية ببيروت د.ت.
- ٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي- طبع مصطفى محمد بمصر ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م.
- ١٠- حاشية القليوبي على شرح المحلي لمنهاج الطالبين، للقليوبي- طبع دار الفكر ببيروت د.ت.
- ١١- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للحصفي- طبع دار الكتب العلمية ببيروت د.ت.
- ١٢- رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين- مطبوع مع الدر المختار، فانظره فيه.
- ١٣- الشرح الكبير لمختصر خليل، للدردير- مطبوع بهامش حاشية الدسوقي،

## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

فانظره هناك.

١٤- شرح المحلى على منهاج الطالبين ( كنز الراغبين ) مطبوع مع حاشية

القليوبي، فانظره هناك.

١٥- فتح القدير شرح الهداية ، لابن الهمام - طبع دار إحياء التراث العربي

بيروت د.ت.

١٦- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، لابن جزي- طبع دار القلم

بيروت د.ت.

١٧- اللباب في شرح الكتاب، للميداني - تحقيق محمد محي الدين

عبد الحميد- طبع دار الكتاب العربي ببيروت د.ت.

١٨- المبسوط، للسرخسي- ط ٢ لدار المعرفة ببيروت د.ت.

١٩- مجموع فتاوي ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم- طبع

الرياض ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

٢٠- المحلى، لابن حزم، تحقيق أحمد شاكر- طبع دار التراث بمصر د.ت.

٢١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحباني- طبع المكتب

الإسلامي بدمشق د.ت.

٢٢- المغني في الفقه، لابن قدامة، تحقيق د. التركي وزميله- ط ٢ بالقاهرة

١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

٢٣- منح الجليل على مختصر خليل، لعليش- غير مذكور مكان وزمان الطبع.

٢٤- منهاج الطالبين للنووي- مطبوع مع شرحه للمحلي، فانظره هناك.

### كتب الأحكام السلطانية والسير:

١- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، للماوردي - ط ٣ لمصطفى البابي

بمصر ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م.

٢- شرح السير الكبير، للسرخسي، تحقيق د . المنجد - طبع مصر ١٩٥٧م.

### كتب السيرة والتاريخ والتراجم واللغة :

١- الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر ( بهامشه الاستيعاب ) ط ١ لمطبعة

السعادة بمصر ١٣٢٨هـ.

٢- البداية والنهاية، لابن كثير- ط ٢ لمكتبة المعارف ببيروت ١٩٨٠م.

٣- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم - طبع دار الفكر ببيروت

د . ت.

٤- الصحاح (تاج اللغة وصحاح اللغة العربية) للجوهري، تحقيق أحمد عبد

الغفور العطار- ط ٢ لدار العلم للملايين ببيروت ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.

٥- السيرة النبوية، لابن هشام، تحقيق السقا وزميليه- طبع دار إحياء التراث

العربي ببيروت د . ت.

٦- المغازي، للواقدي- طبع مكتبة عالم الكتب ببيروت د . ت.

### كتب أخرى عصرية :

١- آثار الحرب، للدكتور وهبة الزحيلي- ط ٣ لدار الفكر بدمشق د . ت.

٢- تاريخ أوروبا في العصر الحديث، للدكتور فشر، تعريب : أحمد نجيب هاشم

وزميليه- ط ٥ لدار المعارف بمصر د . ت.

٣- الحقوق الدولية العامة، للدكتور فؤاد شباط - طبع جامعة دمشق ١٣٧٥هـ /



## حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

١٩٥٦م.

٤- القانون الدولي العام في السلم والحرب، للدكتور الشافعي محمد البشير-

طبع القاهرة ١٩٧٤م.



concept of civilians in relation with above two jurisprudential opinions.

In return, jurists have approved the killing of civilians participating generally in fighting against Muslims, and in any form, either factual or arbitrary, fighting jointly with warriors or independently, based on proved evidences in this respect of practical actions by the Prophet Mohammed (Peace Be Upon Him). This unanimously agreed by jurists, supported by rational, and coincides with -in some forms- contemporary international interpretations.

In conclusion, the Muslim warrior commits no sin, nor becomes liable for atone, blood money or any kind of responsibility for killing a civilian participating in the war against Muslims. On the contrary, he is rewarded in this for applying the rite of Jihad, as established by the community of jurists.



## *Abstract*

# **Status on Killing of Civil Fighters Participating In Fighting Against Muslims**

*By*

***Dr. Hassan Abdul Ghani Abu Ghuddah***

Asst. Professor, Islamic Studies Dept of Faculty of  
Education, King saud University, Riyadh

This research takes one of the subjects known nowadays as "Public International Law" or "International Relations Jurisprudence".

It is aimed by this to define Islam provisions related to killing of enemy civilians if they participate in war against Muslims, in addition to consequent religious, civil or penal liability upon the killer of civilians.

It explains that jurists have two main opinions in defining the term " non-fighter enemy members" who are defined nowadays as " civilians". The first opinion defines them as Women, children and messengers. The second opinion defines them as "anyone who does not fight due to physical or traditional considerations", which is totally accepted by contemporary international interpretations.

It further indicates that jurists agree on forbidding the killing of civilians who do not participate in the war at all, based in reported evidences in this regard, taking in consideration the



بسم الله الرحمن الرحيم

المدعى عليه  
وظاهرة البطء في التقاضي

إعداد

الدكتور / أحمد صدقي محمود \*

---

\* مدرس قانون المرافعات بكلية الحقوق - جامعة طنطا - معار لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.



## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

### نهييد :

لا يكفي النص سواء في الدستور أو في القانون على حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في الوقت الذي يلائمه، بل لا بد أن يشعر المتقاضي بأن العدل مطلب سهل المنال، ولا يكون ذلك كذلك، إلا بوصول الحق إلى صاحبه في أقرب وقت وبأقل النفقات.

ولكن مما يؤسف له -في مصرنا الحبيبة- أن المنازعات خاصة المدنية منها، تتداول أمام المحاكم لعدة سنوات قد تطول إلى ما بعد انتهاء عمر رافع الدعوى، الأمر الذي دفع الأفراد إلى التفكير باتباع طرق أخرى غير طريق القضاء مفضلين تسوية يتنازلون فيها عن بعض حقوقهم على الالتجاء إلى المحاكم<sup>(١)</sup>. فليس من العدل في شيء أن نمنع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ونلزمهم باللجوء إلى قضاء الدولة ثم نصليهم بنار الإجراءات المعقدة والنفقات الباهظة والتطويل الممل<sup>(٢)</sup>، بحيث أصبح من المألوف بين الناس قولهم أن مصلحة بغبن خير من قضية رابحة<sup>(٣)</sup>.

(١) أ.د. فتحي والي، قانون المرافعات في مائة عام، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٣، س٤٣، ص٤٢٤.

(٢) أ.د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ١٩٨٨ بند ٥٥، ص٦٩.

(٣) إذ رسخ في أذهان الناس أن التصالح على ربع الحق خير من التقاضي عليه كله. د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٥، الطبعة الأولى بند ٢ ص١٠. ولا شك في أن الصلح سيد الأحكام، فبه يحسم النزاع بين المتخاصمين فتعود لهما المحبة والمودة بعد عدا، وبعثنا تبارك وتعالى على الصلح في قوله: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾، سورة الحجرات الآية ١٠.

والراغب في الصلح يؤجر لقوله تعالى: "فَمَنْ عَنَّا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ"، سورة الشورى الآية ٤. ومن لم يقبل الصلح من الخصمين في هذا الزمان -خاصة في المنازعات المدنية- يندم أشد الندم، يستوي إن كان هو المدعي بالحق أو المدعى عليه بهذا الحق، فإذا كان هو الأول فإنه لا يحصل على حقه إلا بعد مشقة تبدأ برفع الدعوى وتنتهي بحصوله على حكم قابل للتنفيذ الجبري، فلو حاسب من له الحق نفسه عند ذلك لوجد أن حقه الذي =

نعم إن تحقيق العدالة على هذا النحو صار في حاجة إلى عدالة السماء لتنصفه وتعيد له هيئته، لأن القضاء لا يحسم المنازعات -في أغلب الأحوال- كما ينبغي أن يكون، وإنما يطيل من أمدّها على نحو أصبح غير مقبول للجميع.

ولا ريب أن لهذا البطء أسباباً متعددة، سوف نتعرض لها بإيجاز، ثم نقصر الدراسة على واحدٍ منها وهو دور المدعى عليه في إثناء ظاهرة البطء في التقاضي.

#### أسباب ظاهرة البطء في التقاضي:

من وجهة نظرنا فإن ظاهرة البطء في التقاضي لها أسباب ثلاثة، أولها يتعلق بالمشرع، وثانيها يتعلق بالقاضي وأعدائه، وآخرها يتعلق بالخصوم.

#### المشرع وظاهرة البطء في التقاضي:

لم يحرص المشرع على إجراء تغيير شامل في قانون المرافعات على نحو يجعله متواكباً مع متغيرات العصر الحاضر، حيث تكاثرت المنازعات وازدادت تعقيداً واختلف الناس عما كانوا عليه من فطرة سليمة وازدادوا رياءً ومكراً وياتت تظهر صور مختلفة من الالتجاء إلى الحيل القانونية، والمراوغة ومحاولة طمس الحقيقة، وحل اللدد في الخصومة محل السماحة والتسليم بما هو حق وعدل، وإزاء ذلك كله ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد جديدة تكفل ما يمكن أن يسمى بأمن الخصومة<sup>(١)</sup>؛ لأن

= توصل إليه في نهاية المطاف ضاع نصفه أو أكثر فضلاً عن تعطيل مصالحه نتيجة لجريه وراء القضية، وإذا كان هذا هو حال من له الحق أو المدعي فإن حال المدعى عليه أو من عليه الحق أسوأ، لأنه يكون قد نال من التعب أقصاه، وصرف من المال مثل خصمه أو يزيد، ثم ألزم بأداء ما عليه من التزام في نهاية المطاف علاوة على مصاريف الدعوى.

(١) المستشار: عبد المنعم عبد العظيم جيرة، موضوعات علم القضاء والمرافعات في الفقه الإسلامي، مجلة المحاماة

١٩٩٤، س ٧٣ ص ٢٢٣.



## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

قواعد المرافعات -بوضعها الحالي- لم تعد قادرة على منع المماطلة والمعاكسة والنكابة التي ينتج عنها التأجيل والتسويق<sup>(١)</sup>.

نعم إن المشرع المصري لم يكن يقطاً<sup>(٢)</sup>، ولا مبادراً إلى جعل القانون متوافقاً مع المتغيرات التي تحدث في المجتمع<sup>(٣)</sup>، إذ غابت السياسة التي ترسم للعدالة طريقها، وتضع الخطوط الأساسية لمواجهة احتمالات المستقبل وتوقعاته، وتضع في اعتبارها تطوير وتجديد وسائل العمل في الجهاز القضائي والأخذ بما وصل إليه العلم من تقدم، فكان من الطبيعي إزاء ذلك أن أصبحت أجهزة العدالة قاصرة عن النهوض بأعبائها المتزايدة، وبرزت إلى الوجود مشكلة تأخر الفصل في المنازعات<sup>(٤)</sup>. إن مشكلة التشريع في مصر ليست العجلة وإنما هي عدم الدراسة<sup>(٥)</sup>.

(١) د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والنظام القضائي في مصر، ١٩٢١، بند ١٩، ص ٧٣.

(٢) فلم يكن يقطاً لأنه تجاهل تحذير رجال القانون بكل انتماؤهم من ضرورة علاج ظاهرة البطء في التقاضي والتي كدورت ويحق تحقيق العدالة، أ.د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤م، ص ٦٥٨. راجع أيضاً توصيات مؤتمر العدالة الأول الذي عقد في ١٩٨٦، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ١٩٩٠، ص ٢٠ وما بعدها.

(٣) وتتميز تلك المتغيرات بأنها جاءت واسعة النطاق، فشملت جميع نواحي الحياة، لذلك كان لا مناص من أن تحدث أثرها في التفكير القانوني، فمنطقي أن يسير الفكر الإنساني في طريق اكتشاف وسائل جديدة تتناسب مع تلك المتغيرات، والقصور عن ذلك فيه تضحية بمصالح كبيرة للجماعة، د. حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣١، ص ٢، ص ٢٥١.

(٤) تقرير شعبة العدالة والتشريع بالمجلس القومي للخدمات والتنمية الاجتماعية بعنوان "الخطوط الأساسية للسياسة القضائية"، مجلة المحاماة ١٩٨٢، ص ٦٢، ص ٧ وما بعدها.

(٥) أ.د. فتحي والي، المستحدث في قانون المرافعات وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م، ص ٨٢، عدد خاص صادر عن مركز الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٣.

### القاضي ومعاونوه وظاهرة البطء في التقاضي :

وثاني أسباب البطء في التقاضي يرجع إلى القاضي وأعوانه، فإذا كان عمل القاضي يتسم بالحلم والأناة، وتقليب الأمور على وجوها، وبحث الوقائع وتمحيص الأدلة بقصد تحقيق العدالة. إلا أن قلة عدد القضاة والمحاكم مع الزيادة المطردة في كم القضايا تحول دون تحقيق العدالة ولو أراد القضاة تحقيقها<sup>(١)</sup>.

وما يؤسف له أن وزارة العدل تعلن في كل مناسبة بأن ظاهرة البطء في التقاضي في طريقها للحل، فتارة تهيب برؤساء المحاكم الابتدائية على حث القضاة على سرعة الفصل في الدعاوى، بل لقد قيل بأن نسبة الفصل فيما يعرض على القاضي من الدعاوى ستكون محل اعتبار في الحركة القضائية<sup>(٢)</sup>. وتارة تطالب بمد سن المعاش لرجال القضاء إلى أربعة وستين عاماً بدلاً من ستين عاماً، ويكون لها ذلك<sup>(٣)</sup>. وتارة تقرر عقد جلسات إضافية للمحاكم مع اختصار الإجازة القضائية إلى شهر واحد

(١) لأن القضاة بتلال القضايا مشغولون، حيث لا يزيد عدد أعضاء الهيئات القضائية في مصر -وفقاً لتصريح وزير العدل- عن سبعة آلاف قاضي مكلفين بالفصل في ملايين القضايا المطروحة أمام المحاكم المدنية والجنائية والإدارية، وما يؤسف له أن عدم التناسب بين عدد القضاة وبين كم القضايا المطروحة أمام المحاكم قد أحدث خللاً كبيراً وظل هذا الخلل يتسع عاماً بعد عام حتى وصلنا إلى ما نحن عليه الآن من بطء الفصل في المنازعات.

(٢) المستشار: أحمد جلال عبد الرزاق، نظرة حول مشكلة كثرة الدعاوى وبطء الفصل فيها، مجلة المحاماة ١٩٧٣ س ٥٣ ص ١٢.

(٣) حيث صدر القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ والمعمول به اعتباراً من الأول من أكتوبر ١٩٩٣، وقد نصت المادة الأولى منه على أن " تستبدل عبارة أربعاً وستين سنة بعبارة ستين سنة في كل من المواد ٦٩ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، ١٢٣ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، ٢٩ من القانون ٧٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن تنظيم قضايا الدولة، والمادة ١ من القانون ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية " .

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

ومنح القضاة ميزة مالية متى فصلوا في أكبر عدد من القضايا<sup>(١١)</sup>.

(١١) ولا شك في أن إعطاء القاضي ميزة مالية إذا فصل في أكبر عدد من القضايا سوف يكون على حساب إيجاد العمل القضائي، أو بعبارة أخرى عدم إتقان صناعة العدالة، فليست العبرة بكم القضايا التي تُفصل فيها وتقديم احصائية بالانجاز (تحت عنوان الأرقام لا تكذب) كما تطالعنا الصحف من وقت إلى آخر نقلاً عن وزارة العدل، ولكن ما يعنيننا هو صحة الأحكام لا بالدعاوى التي تم انجازها. وحرصاً من وزارة العدل في القضاء على بطء إجراءات التقاضي أوفدت فريقاً إلى معهد دراسة وتطوير النظم القانونية بسان فرانسيسكو بالولايات المتحدة الأمريكية لدراسة أسباب تكس القضايا وتأخر الفصل فيها والاستفادة في هذا الخصوص من الخبرة الأمريكية في مواجهة مشكلة البطء في التقاضي خاصة في المنازعات المدنية. وفي مرحلة تالية عقدت في مصر ندوة بعنوان (حل المنازعات المدنية بعيداً عن إجراءات المحاكم التقليدية) نظمتها وزارة العدل مع المركز الثقافي الأمريكي ومعهد دراسة وتطوير النظم القانونية الأمريكي، وقد انتهت هذه الندوة إلى إمكانية استحداث نظام النيابة المدنية بالمحاكم الابتدائية وإنشاء جهاز للوساطة القضائية يشكل من القضاة المتقاعدين، وقد تحمست وزارة العدل لهذه التوصيات وأبدت استعدادها لتطبيق نظام النيابة المدنية والوساطة القضائية لسرعة الفصل في المنازعات ومواجهة تراحم القضايا أمام المحاكم. وفي الدفاع عن هذا النظام أعلن وزير العدل "أن نظام النيابة المدنية سوف يتيح الفرصة لرجال القضاء كي يتفرغوا لنظر الدعاوى وإصدار الأحكام القضائية فيها، أما نظام الوساطة القضائية فإنه يضم فئة مختارة من رجال القضاء الذين أحيوا على التقاعد لاستثمار خبراتهم في البت في النزاعات بشكل سليم بما لا يترك ثغرات للطعن. وأمر عظيم أن نتفتح على غيرنا لنستفيد من تجاربهم في كيفية علاج ظاهرة البطء في التقاضي التي تغشت في نظامنا القضائي فأصبحت كالسرطان في الدم، ولكن مما يؤسف له أن هذه الندوة لم تتعرض من قريب أو بعيد إلى أهم سبب من أسباب ظاهرة البطء في التقاضي وهو قلة عدد القضاة والمحاكم في مواجهة الكم المتزايد من المنازعات المطروحة على المحاكم، ومن الغريب أن يسند إلى القضاة المتقاعدين دون سواهم مهمة الوساطة بين الخصوم لتسوية المنازعات، فهل هؤلاء القضاة في ظل القانون الذي جعل سن التقاعد بأربعة وستين عاماً يكونون قادرين على بذل المزيد من الجهد؟ لا أعتقد ذلك؛ لأن القاضي في مصر يكلف بما لا يطيق البشر. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن نظام الصلح مقرر منذ زمن طويل في قانون المرافعات المصري (المادة ٦٤ منه) ولكن للأسف هذا النص معطل حتى الآن بسبب عدم صدور قرار رئيس الجمهورية الذي يبين الإجراءات التي تتبع أمام مجلس صلح. وأخيراً فإن إنشاء نيابة مدنية من شأنه أن يعرقل سير الدعاوى لا يخفف العبء عن كاهل القضاة كما يقولون، والدليل على ذلك فشل نظام المفوضين في مجلس الدولة.

ولكن هل أدت هذه الاجراءات إلى الحد من ظاهرة البطء في التقاضي؟  
الإجابة بالنفي طبعاً؛ لأن السبب الرئيسي في تأخير الفصل في المنازعات يرجع إلى النقص البالغ في عدد القضاة مقارنة بكم القضايا المطالبين بالفصل فيها، ولذلك ستظل ظاهرة البطء في التقاضي باقية راسخة في نظامنا القضائي ما دام ينظر إلى القاضي بأنه آلة تدار وتصدر الأحكام بين الناس دون مراعاة لحدود طاقته البشرية.

ولنا في هذا الخصوص أن نتساءل هل نسيت وزارة العدل أن في مصر العديد من كليات الحقوق والشرعة والقانون والتي تنتشر في ربوع الوطن؟ هل فاتها أن عدد الخريجين من هذه الكليات يزيد عن عشرة آلاف خريج كل عام، ألا تعلم بأن عدد المتقدمين منهم لشغل وظيفة معاوني النيابة العامة -وهي بداية السلم القضائي- يزيد عن ستة آلاف خريج، وهي تعلم جيداً أن المعينين منهم ينقص أو يزيد قليلاً عن مائتين وخمسين عضواً. ألم يكن من الأفضل مواجهة مشكلة البطء في التقاضي من خلال خطة قصيرة وطويلة المدى يتم في ضوئها تحديد الأعداد المطلوبة لحاجة الجهاز القضائي مع الأخذ في الاعتبار -عند التخطيط لاستكمال العجز القائم- أن عدد القضايا المطروحة على المحاكم في تزايد مستمر.

**أما أعوان القاضي** - خاصة الخبراء والمحضرون- فهؤلاء لهم الدور الفاعل في انماء ظاهرة البطء في التقاضي، وبعبارة أدق هم آفة العدل الكبرى؛ حيث فسدت ذمم أغلبهم؛ فهذا خبير يعد تقريره على هوى الخصم ووفق مشيئته، ولم لا يفعل

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

ذلك ما دام يقوم بعمله مستقلاً وبعيداً عن إشراف القضاء<sup>(١)</sup>. ونتيجة لذلك لوحظ في الواقع أن الكثير من الخبراء يغفلون في المهمة التي يندبون لها، بل إن تقارير بعضهم تكون إلى الأحكام أقرب منها إلى التقارير<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي دفع الكثير من أصحاب القضايا إلى القول بأن الخبير فوق القاضي.

وذلك محضر يتعمد إعلان الأوراق القضائية في غير موطن المعلن إليه متواطئاً مع المعلن، أو يثبت وهو جالس في منزله أنه قد انتقل إلى موطن الشخص المراد إعلانه فلم يجده، أو وجده ولكنه رفض الاستلام ثم يقوم بعد ذلك بتسليم الإعلان إلى جهة الإدارة رغم أن الإعلان لم يتم حقيقة... إلى غير ذلك من الأساليب الملتوية والتي يعرفها جيداً كل من يتصل بالمحاكم.

من ناحية أخرى فإن أغلب معاوني القضاة غير مؤهلين لما يقومون به من أعمال، زد على ذلك أن وسائل العمل بالمحاكم لا زالت بدائية؛ فمحاضر الجلسات تكتب كأن لم تكتشف بعد وسيلة الاختزال، ولا زالت الإعلانات وأوراق المحضرين تحرر باليد كأن لم تخترع بعد الآلات الكاتبة، وتشتمل على كثير من

(١) د. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ١٩٩٤، ص ٥٢.

(٢) إذ قال أحد الخبراء في نهاية تقريره: "وبناء على الأسباب المتقدمة أرى أن الدعوى لا أساس لها". وقال آخر: "أرى أن يرجع في أمر الملكية إلى حق الإرث دون وضع اليد". وقد انتهى أحد الخبراء في تقريره لحد القول بأن "الجراحة التي أجراها الطاعن (الطبيب) تمت وفقاً للأصول الطبية وإن ترك قطع من القطن في موضع الجرح وإن كان لا يعد من قبيل الخطأ المهني الجسيم إلا أنه يعتبر خطأ عادياً يسأل عنه الطاعن مدنياً"، نقض مدني جلسة ٢٧ يناير ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض س ٢٧، ص ٣٠٧. أليست هذه عبارات أقرب إلى حيثيات الأحكام منها إلى تقارير الخبراء، نعم لقد فهم الكثير من أصحاب القضايا ذلك ولهم الحق فيما ذهبوا إليه. للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع: المستشار زكي خير الابوتيجي، الماطلة في الخصومة وعلاجها، مجلة المحاماة، ١٩٣٥، س ١٥، ص ٣٤ وما بعدها.

الأخطاء<sup>(١)</sup>. وما زالت القضايا تحفظ في طرقات المحاكم بعد أن ضاقت بها المخازن بما يعرض أوراقها -في كثير من الأحيان- للعبث والتلف والحريق، فضلاً عن صعوبة تصنيفها والاهتداء إليها عند طلبها، ومما يؤسف له حقاً أن بعض المحاكم في مصر لا زالت تمارس عملها في شقق سكنية، بل إن محكمتنا العليا تعقد جلساتها أحياناً في قاعة المكتبة<sup>(٢)</sup>.

### الخصوم وظاهرة البطء في التقاضي:

والسبب الأخير لظاهرة البطء في التقاضي يرجع إلى بعض الخصوم الذين استغلوا القوانين ووظفوها لخدمة مصالحهم الخاصة ولو تعارضت مع تحقيق العدالة في الخصومات المطروحة أمام القضاء. فإذا كان من المقرر أن حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من يلجأ إلى القضاء متمسكاً بحق أو ذوداً عن حق إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم<sup>(٣)</sup>. وهكذا فإن إساءة استخدام الحق إما أن تكون من جانب المدعي وإما أن تكون من جانب المدعى عليه.

### المدعي وظاهرة البطء في التقاضي:

لما كانت الدعوى قد شرعت -في الأصل- كأداة لحماية الحق، ومن ثم وجب أن تنصرف إلى هذا الغرض دون سواه. أما إذا استعان بها المدعي للكيد من خصمه

(١) أ.د. فتحي والي، قانون المرافعات المصري في مائة عام، مرجع سابق، ص ٤٣، ص ٤٤٢.

(٢) المستشار: أحمد فتحي موسى، نحو سياسة قضائية رشيدة، مجلة المحاماة ١٩٨١ ص ٦١، ص ٢٧.

(٣) نقض مدني، جلسة ٢٨ مارس ١٩٧٧، الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق، أشار إليه المستشار: سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في التعويض، ١٩٣١-١٩٩٤ ص ٤٠٣.

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

قاصداً جره إلى ساحات المحاكم للتشهير به<sup>(١)</sup>؛ أو لإقحامه في مآزق مرهقة في مواقفها ومصاريفها، أو مضايقته والضغط عليه حتى يمل من المضي في الخصومة إلى النهاية<sup>(٢)</sup>؛ عندئذ تكون الدعوى قد انحرفت إلى غاية غير غايتها، وتصبح عملاً تعسفياً ظالماً لا يقره الشرع<sup>(٣)</sup> ولا القانون.

ويكون ذلك كذلك، متى قام المدعي برفع دعواه أمام المحكمة طبقاً للإجراءات التي نص عليها القانون، ولكنه لم يرد الوصول إلى الحق، بل استخدمها في ظاهرها للوقوف أمام خصمه موقفاً يؤيده القانون بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر غير جائز يبطنه<sup>(٤)</sup>. ومن أمثلة ذلك رفع عدة دعاوى لا أصل لها<sup>(٥)</sup>، كما لو

(١) نقض فرنسي، جلسة ٧ مايو ١٩٢٤، مجلة المحاماة المصرية، س٧، رقم ٥٧، ص ٨١.

(٢) د. عبد السلام ذهني، الحقوق في تفاعلها وتعارضها وأطوارها وضرورة التوازن فيها ١٩٤٥ بند ٢٩١ ص ٣٨٤.

(٣) الشيخ: عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٣، س٥، ص ٩٥ وما بعدها.

(٤) ولهذا يقال (طريق خداع) إذا كان مخالفاً لقصد المشروع، ويقال للسراب (الخيدع) لأنه يخدع من يراه ويغره وظاهره خلاف باطنه، ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين طبعة جديدة ١٩٦٨، الجزء الثالث، ص ١٦٠.

(٥) وتطبيقاً لذلك حكم بأن "الخصم الذي يرفع على خصمه دعاوى عدة لا أصل لها بقصد مشاغبتها يكون مسؤولاً عن تعويض جميع الأضرار المادية والأدبية التي تصيب خصمه بالغة ما بلغت"، نقض فرنسي جلسة ٧ مايو ١٩٢٤، مذكور من قبل. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الاستئناف المختلطة "بأنه يستحق التعويض عن الدعوى الكيدية التي رفضت وحجز فيها تحت يد الغير بناء على شك لا سبب له وترتب عليه بذل مجهود شاق للرد على أساليب دفاع الخصم الملتوية"، استئناف مختلط، جلسة ٢٦ فبراير ١٩٣٠، مجلة المحاماة س ١٠، ص ٩١٨. كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية:

"... condamne la dame Angot a 500.000 fr de dommages-intérêts, en constatant seulement l'absence réelle des créances litigieuses invoquées par elle, et le préjudice causé au défendeur par une saisie-arrêt qui avait bloqué 3 millions pendant 4 ans" (Civ. 1o, 28 mars 1960, Gaz. pal. 28 juin 1960).

طالب المدعي بدين سبق سداؤه<sup>(١)</sup>، أو لم يحل أجل الوفاء به، أو لم يستقر بعد<sup>(٢)</sup>، أو إذا كان المدعي قد خسر دعوى مماثلة للدعوى المرفوعة وتبين للمحكمة أن الدعوى الأخيرة ما هي إلا تجديداً لنزاع سبق الفصل فيه<sup>(٣)</sup>. كذلك يعتبر من قبيل الكيد والتعسف احتكام المدعي لذمة خصمه -بحجة أنها دليله الوحيد في الخصومة- لاعتقاده بأنه سيخسر الدعوى لا محالة فعمد

= وللزيد من التفصيلات راجع : د. محمد شوقي السيد، التسعف في استعمال الحق ١٩٧٩ ص ٢٢٣ وما بعدها و ص ٣٥٩ وما بعدها. وانظر أيضاً :

Morel (J.) : Les dommages-interêts en cas d'exercice abusif des actions en justice. Thèse. Paris, 1910.

Mignon (M) : les instances actives et passives et la théorie de l'abus du droit, D. 1949, Chronique, p.183.

(١) أ.د. عبد الباسط جميعي، الإساءة في التقاضي وفي التنفيذ، دروس أُلقيت على طلبة الدكتوراة بكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٠ ص ٦.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة التجارية بالاسكندرية "أن الدعوى المرفوعة بإشهار إفلاس شخص نتيجة تسرع وبدون ترو بسبب توقف هذا الشخص عن دفع دين لم يستقر تكون إساءة لاستعمال حق الدعوى" المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ص ٨ ص ٨١.

(٣) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ١٩٧٤ ص ١٣٩. وتطبيقاً لذلك حكم بأنه "متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعاً بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه إضراراً بالمطعون ضده. نقض مدني جلسة ٣ أبريل ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ص ٣ ص ٩١٦. وقد منع الحنفية سماع الدعاوى الكيدية التي يقصد بها إلحاق الضرر بالمدعى عليه ولا تستند إلى حق صحيح، المادة ١٦٢٩ من مجلة الأحكام العدلية. كذلك لا تقبل الدعوى بما يكذب العقل أو العادة، كما لو ادعى فقير على غني بأنه أقرضه مبلغاً كبيراً من المال لا يعهد له بمثله.

د . محمد مصطفى الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية- الطبعة الرابعة - ١٩٩٢، ص ١٢٥.



## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

إلى اليمين الحاسمة لعلمه بأن خصمه لن يحلفها<sup>(١)</sup> لشدة ورعه وتدينه<sup>(٢)</sup>.

وقد يلجأ المدعى إلى المحكمة وهو حريص على مباغتة خصمه بحكم واجب النفاذ دون مرور على مراحل التقاضي التي سبقت صدور الحكم، كما لو تعمد إعلان المدعى عليه في عنوان لا صلة له به على الإطلاق، قاصداً من وراء ذلك عدم وصول الإعلان إليه<sup>(٣)</sup>. ولم لا يقوم المدعى باتخاذ مثل هذا الإجراء الكيدي، ما دام نص المادة ١٤ من قانون المرافعات يقرر "الحكم بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائتي جنيهاً على طالب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه". وهكذا فإنه يكون باستطاعة المدعى -وفقاً لهذا النص- أن يلتوي بالإجراءات ولا يضيره بعد ذلك دفع غرامة تافهة لا تزيد في جميع الأحوال عن مائتي جنية، نعم مائتي جنية لاغير ولو كانت قيمة الدعوى تقدر بالملايين فهل يعقل ذلك؟!

(١) استئناف مصر جلسة ١٧ يناير ١٩٢١ مجلة المحاماة س٢ ص٢٠. قنا جلسة ٧ إبريل ١٩٢٠، المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ٢١ ص١٥٨. واستئناف أسيوط جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٣١ مجلة المحاماة س١٢ ص٥٥٥. ونقض مدني جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٩ مجلة المحاماة ١٩٩١ س٧١ ص١٣. وللقاضي أن يمنح توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها، لأن اليمين ليست مركولة لهري الخصوم، ولا هي من شأنهم وحدهم، كما أن تقدير كيدية اليمين والتعسف في توجيهها مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة، نقض مدني جلسة ١٣ فبراير ١٩٦٩ مجلة المحاماة ١٩٧١ س٥١ ص١٠٥.

(٢) د. عبد الرازق حسين يس، شرح قواعد اثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه وفقاً لأحكام قانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، الطبعة الأولى ١٩٩٣ بند ١٥٣ ص٢٢٥.

(٣) وهو ما يسمى في الحياة العملية بالإعلان الأمريكاني ومثاله: إعلان المدعى عليه في عنوان لا صلة له به على الإطلاق، وقد يتضح أن هذا العنوان "البعيد عن موطنه الحقيقي" هو عنوان أرض فضاء مثلاً، أو تسخير بعض الأشخاص في استلام الإعلان نيابة عن المدعى، أ.د. عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص١٣.

إن المشرع من خلال هذا النص إنما يرشد أصحاب النفوس الضعيفة -وهم كثيرون في هذا الزمان- إلى تعمد ذكر موطن غير حقيقي للمعلن إليه طالما كانوا على استعداد لدفع هذه الغرامة التأففة.

وفي ضوء ما تقدم، فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يكف عن تدليل الخصوم، ونكرر المطالبة باستحداث جريمة إهانة العدالة، والتي تخول للقاضي الحق في الحكم بعقوبة سالبة للحرية على الخصم الذي يثبت التواؤم بالإجراءات<sup>(١)</sup>، بالإضافة إلى رفع قيمة الغرامة إلى الحد الذي يدفع طالب الإعلان إلى ذكر الموطن الحقيقي للمعلن إليه<sup>(٢)</sup>.

### المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي:

أما المدعى عليه -وهو موضوع بحثنا- فإن القانون يعطيه الحق في دفع ادعاء المدعي بكافة الوسائل التي يرى أنها تحقق مصالحه في الخصومة، غير أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً يستعمله كيف ومتى يشاء، بل هو حق مقيد في الاستعمال<sup>(٣)</sup>، بأن يكون لإحقاق الحق ودفع الدعاوى الباطلة لا لمجرد إلحاق الأذى بالمدعي. فإذا أساء

(١) راجع توصيات مؤتمر العدالة المذكور من قبل.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول إسائة المدعي لحقه في رفع الدعوى راجع: أ.د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ١٩٨٩ ص ٢٣٩ وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفاوي، مسئولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى ١٩٩١. د. سيد أحمد محمود، الفش الإجرائي ١٩٩٥ ص ١٥٢ وما بعدها. أ. صلاح الدين عبد الوهاب، الدعوى الكيدية مجلة المحاماة ١٩٥٤ ص ٣٤ و ٩٠٦ وما بعدها. د. عماد النجار، في تفسير إجراءات التقاضي، مجلة المقضاة ١٩٨٨ ص ٣ و ٨ وما بعدها. أ. أيوب مرقص، النصب بطريق الخصومة، مجلة المحاماة ١٩٣١ ص ١١ و ٥٧٧ وما بعدها.

(٣) Alain Fisselier, la défense en justice dans le proces civil, thèse, Rennes 1979, n. 22p.22.

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

المدعى عليه استخدام هذا الحق، كما لو ساق دفاعه في الخصومة لا بهدف حماية حق يعتقد أنه له، بل قصد منه معاكسة المدعى وتطويل الإجراءات لتعطيل الفصل في الدعوى، هنا يخرج الحق عن دائرة الحماية وينقلب إلى مخبثة<sup>(١)</sup>.

ولكن مما يؤسف له أن القانون المنظم لسير الخصومة "قانون المرافعات" هو الذي يدعم بل يكرس مركز المدعى عليه في إلقاء ظاهرة البطل في التقاضي، حيث تفتح له الثغرات الجاثمة في هذا القانون الباب على مصراعيه للمماطلة والتسويق في إجراءات التقاضي، منذ بدء الدعوى وحتى صدور حكم فيها، إذ يستطيع المدعى عليه باسم القانون وبأدواته -تحت ستار حق الدفاع- الامتناع عن استلام الإعلان في موطنه حتى يتم إعادة إعلانه مرة أخرى كسباً للوقت ونكاية بخصمه<sup>(٢)</sup>، وله الحق في طلب تأجيل نظر الدعوى من خمس إلى عشر مرات على الأقل، يستوي إن كان تكرار طلب التأجيل لنفس السبب أو لأسباب مختلفة<sup>(٣)</sup>، ويكون للمدعى عليه الحق في طلب رد القاضي، فيجبر المحكمة على وقف السير في الخصومة الأصلية حتى يفصل في طلب الرد، فإذا ما تحقق له الهدف من هذا الطلب -وهو عرقلة سير الخصومة- سارع بالتنازل عنه في الجلسة الأولى لنظر دعوى الرد فيعفى من الغرامة وفقاً للقانون<sup>(٤)</sup>، وقد يوغل المدعى عليه في الكيد لخصمه فيطعن بالتزوير في مستند يثق في صحته<sup>(٥)</sup> إلى غير ذلك من الأسباب العديدة ...

(١) راجع: نقض مدني جلسة ٩ نوفمبر ١٩٣٣، مجلة المحاماة ص ١٤ ص ٩٣.

(٢) المادتان ٨٤.١١ من قانون المرافعات.

(٣) المواد ٩٨.٩٧.٦٥ من قانون المرافعات.

(٤) المواد ١٤٨.١٥٩.١٦٢ من قانون المرافعات.

(٥) المادتان ٤٩. ٥٦ من قانون الاثبات.

وتحت هذه البنود ستنقضي عدة أعوام قضائية لتنتقل الخصومة المطروحة أمام القضاء من عام قضائي إلى عام آخر، ومن دائرة جديدة إلى دوائر أخرى. وهكذا، يكون المدعى عليه قد استغل نصوص القانون ووظيفها لتعطيل الفصل في الدعوى، لأن أوجه الدفاع التي يسوقها أثناء سير الخصومة كثيراً ما تكون غير جادة؛ بل وكثيراً ما لا يقصد بها سوى الكيد بخصمه والتنكيل به باستعمال أساليب المظل والعناد لمضايقته بنية إبطال الدعوى<sup>(١)</sup>.

نعم لقد أصبحت العدالة عرجاء بسبب بطئها الشديد في الوصول بالحق لصاحبه، ولو استمر الحال على ما هو عليه الآن لتحولت العدالة من عرجاء إلى كسيحة بل ربما تقف كلية عن الحركة، لأن الحق الذي يأتي بعد أوانه لهو إلى الظلم أدنى وبه أشبه، بل ربما كان هو والعدم سواء، فليس عدلاً ذلك الذي يرهق كاهل المستجير به، المتطلع إليه، وهذا يدعونا إلى القول بأن العدالة في محنة والحل السريع واجب حتمي.

والخطة التي نعتد عليها في هذا البحث هي طرح أهم صور إساءة المدعى عليه لحقه في الدفاع أمام محكمة أول درجة منذ إعلانه بصحيفة الدعوى وحتى صدور حكم فيها، واضعين أمام المشرع خلال هذه الدراسة مجموعة من الاقتراحات التي أرجو الله العلي التقدير أن تساهم، مع جهود من سبقوني، في التصدي لظاهرة البطء في التقاضي والتي ألحقت فادح الضرر بمصلحة الملايين من جمهور المتقاضين من أبناء الشعب المصري. وسوف نقصر هذه الدراسة على أربعة مباحث:

(١) نقض مدني جلسة ٨ يونيو ١٩٣١، مجلة المحاماة س ١٢ ص ٣٢٢.

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

- المبحث الأول: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في العلم بالاجراءات.
- المبحث الثاني: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في طلب التأجيل.
- المبحث الثالث: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في طلب رد القاضي.
- المبحث الرابع: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في الطعن بالتزوير.

## المبحث الأول

### إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في العلم بالإجراءات

#### تقديم:

حرصاً على احترام حق الدفاع، وتأكيداً لمبدأ المواجهة بين الخصوم، فقد نظم المشرع كيفية إعلان الأوراق القضائية. والإعلان القضائي هو الوسيلة الرئيسية التي رسمها قانون المرافعات لتمكين المعلن إليه من العلم بإجراء معين، كي يعد دفاعه ومستنداته لمجابهة خصمه في ضوء ما ورد في هذا الإعلان.

ويتنوع علم المراد إعلانه إلى عدة أنواع؛ فقد يكون علماً يقينياً كما إذا سلمت الورقة المعلنة لشخص المعلن إليه، أو علماً مفترضاً كما لو سلمت الورقة لغير المراد إعلانه في موطنه، أو علماً حكيمياً كما إذا سلمت للنيابة العامة في حالة الجهل بموطن المراد إعلانه<sup>(١)</sup>.

ويتم الإعلان بتسليمه -على يد محضر- لشخص المعلن إليه أو من يحدده القانون بدلاً عنه<sup>(٢)</sup>. وفي ذلك تنص المادة العاشرة من قانون المرافعات على أن "تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ١٩٨٧، الطبعة الخامسة ص ١٣٥.  
(٢) أ.د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني ١٩٨٧ ص ٣٢٩. وقد عبرت محكمة النقض عن ذلك فقالت "إن إعلان الأوراق القضائية يكون بالطريق الذي رسمه القانون، أي بورقة من أوراق المحضرين تسلم لمن يراد إعلانه أو لمن يستطيع الاستلام نيابة عنه، ولا يجزى عن ذلك اطلاع من يراد إعلانه على الحكم أو علمه به ... نقض جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٠ ق ورد في الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض. حسن الفكاهاني وعبد المنعم حسني، ١٩٨٢ الجزء الثاني ص ١١١٦.

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي يبينها القانون. وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار".

**عدم تحقق المحضر من شخصية أو صفة مستلم صورة الإعلان وأثر ذلك:**

لا تثار أية صعوبة في حالة تسليم الإعلان لشخص المعلن إليه، حيث يعتبر الإعلان قد تم على وجه اليقين وبالتالي تنعقد الخصومة بين الطرفين المتنازعين، فإذا تخلف المدعى عليه عن حضور الجلسة الأولى رغم إعلانه لشخصه كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى ويعد حكمها حضورياً<sup>(١)</sup>.

كما لا يشترط في الوكيل أو من يعمل في خدمة المعلن إليه أن يكون مقيماً مع المعلن إليه بل يكفي مجرد التواجد في هذا الموطن عند الإعلان<sup>(٢)</sup>. إلا أن الصعوبة تثار بالنسبة للساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار، وذلك لأن أحكام محكمة النقض قد استقرت على أن المحضر غير مكلف بالتحقق من شخصية أو صفة مستلم الصورة في موطن المعلن إليه، إذ يكفي لصحة الإعلان

(١) الفقرة الأولى من نص المادة ٨٤ من قانون المرافعات.

(٢) ولا يشترط أن تكون الوكالة متعلقة بموضوع الإعلان، فيمكن تسليم الصورة -في الموطن- إلى الوكيل أياً كان موضوع وكالته أو نطاقها، وذلك على أساس أن الوكالة توجد صلة مباشرة بينه وبين المطلوب إعلانه مما يجعله حريصاً على تسليم الصورة إليه. أما من يعمل في خدمته فهو كل من يعمل بأجر في خدمة المعلن إليه ما دامت له صلة الاستمرار في الخدمة. أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٣٤ ص ٣٧٩، ٣٨٠.

أن تسلم صورته إلى أحد المقيمين مع المراد إعلانه حال غيابه<sup>(١)</sup>، بشرط أن يبين المحضر في الورقة عدم وجود المعلن إليه<sup>(٢)</sup>، وأن التسليم قد تم في موطنه<sup>(٣)</sup>، وأن يكون من تسلم الإعلان مميزاً ومدركاً أهمية الإعلان وضرورة تسليم الصورة لصاحبها<sup>(٤)</sup>.

ولا يجوز للمعلن إليه أن يتمسك بالبطان على أساس عدم صحة ما قرره المستلم، إذ هو المستول عن وجود المستلم في موطنه<sup>(٥)</sup>.

ونظراً لاكتساب ورقة الإعلان صفة الرسمية فإنه لا يجوز إثبات عكس إجراءات الإعلان التي قام بها المحضر بنفسه أو وقعت تحت بصره إلا بطريق الطعن

---

(١) ولو تبين فيما بعد أن من تسلم الصورة منهم ليس ممن يجوز له استلامها، نقض مدني جلسة ١٧ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٣١٨، وجلسة ١٤ مارس ١٩٧٠ س ٢١ ص ٦٨٩، وجلسة ١٤ مارس ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٧٢٥، وجلسة ١٤ أبريل ١٩٩٢ الطعن رقم ٤٦٧ لسنة ٥٨ ق.

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٣٤ ص ٣٨١. وراجع أيضاً الأحكام المشار إليها في هامش رقم ٢ من ذات الصفحة.

(٣) نقض مدني جلسة ١٤ يناير ١٩٧٨، مجموعة النقض س ٢٩ ص ١٩١.

(٤) أ.د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٥٠ بند ٢٠٩ ص ٣٢١، وتطبيقاً لذلك قالت محكمة استئناف اسبوط بما أن القانون لم يحدد سن الشخص الذي يجوز للمحضر تسليم صورة الإعلان إليه في حالة غياب الخصم المراد إعلانه، فللقاضي، عند النزاع، أن يقدر ما إذا كان ذلك الشخص يستطيع بالنظر إلى سنه أن يدرك أهمية تلك الصورة وتسليمها لصاحب الشأن، ومن ثم فتسليم الصورة لأخي المعلن إليه البالغ من العمر حوالي عشر سنوات صحيح قانوناً ما دامت سن التمييز تبدأ بحسب الشريعة الإسلامية في السنة السابعة. جلسة ٢٦ فبراير ١٩٢١

مجلة المحاماة س ٢ ص ٢٨٢. وفي نفس المعنى انظر: Paris. 16 janv 1984, Bull avoués 1984 p. 65.

(٥) أ.د. عبد الباسط جيمعي، مبادئ المرافعات ١٩٧٤ ص ٢٩٨، أ.د. نبيل اسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية ١٩٨١ بند ٥٣ ص ٨٤. نقض جلسة ١٤ مارس ١٩٧٨ مجموعة النقض س ٢٩ ص ٧٢.



## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

بالتزوير<sup>(١)</sup>. ولا يخفى على أحد أن سلوك هذا الطريق يستغرق وقتاً طويلاً قد يستغله المدعى عليه لعرقلة سير الدعوى<sup>(٢)</sup>.

ولذلك نقترح على المشرع إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات لتكون كما يلي: "وفي جميع الأحوال يجب على المحضر أن يتحقق من شخصية من يتسلم منه ورقة الإعلان من واقع بطاقته العائلية أو الشخصية مع اثبات رقمها وجهة صدورها في أصل الإعلان وتحديد صلته بالمعلن إليه". إذ ليس من الحكمة إعفاء المحضر إعفاء تاماً من أن يتثبت من شخصية مستلم صورة الإعلان<sup>(٣)</sup>. فلو تحقق المحضر من شخصية مستلم صورة الإعلان لأضفى على اتصال المراد إعلانه بالخصوصية شيئاً من الجدية<sup>(٤)</sup>، ذلك أن إعلاناً واحداً حقيقياً أفضل من تكرار الإعلان على نحو شكلي لا يؤدي في أغلب الأحوال إلى تحقيق الغاية منه، بل كثيراً ما يتخذ المدعى عليه منه وسيلة لإطالة أمد التقاضي<sup>(٥)</sup>.

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كان يتضح من وقائع الدعوى أن الطاعن ادعى أن المحضر -خلاقاً لما أثبتته- لم ينتقل إلى منزله وأنه فيما أثبتته من بيانات خاصة بتسليم صورة الإعلان كان متواطئاً بنية عدم إيصال صورة الإعلان إليه، فإنه كان من المتعين عليه أن يسلك في اثبات زعمه سبيل الادعاء بالتزوير لا طلب الاثبات بكافة طرق الاثبات ويكون الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه بصحة الإعلان على أن الطاعن لم يقرر بالطعن بالتزوير لم يخالف القانون، نقض مدني جلسة ٩ أبريل ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٨٥٤. وفي نفس المعنى: نقض مدني جلسة ٢٠ مارس ١٩٧٨ الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤٤ ق. أشار إليه المستشار: أنور طلبه، طرق وأدلة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ١٩٨٧ ص ٦١٣.

(٢) راجع ص ٨٦ وما بعدها.

(٣) أ.د. أحمد مسلم، أصول المرافعات بند ٣٧٩ ص ٤٠٩.

(٤) وكان مؤتمر العدالة الذي انعقد في عام ١٩٨٦ قد أوصى بإلزام المحضر بالتثبت من شخصية مستلم الصورة غير أن التعديل الذي أدخل على قانون المرافعات بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ لم يستجب لهذه التوصية.

(٥) د. عماد النجار، مرجع سابق ص ٤٠.

إن إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات على النحو المقترح سوف يؤدي إلى قطع الطريق أمام المحضر الذي يعتمد إعلان الورقة -متواطئاً مع طالب الإعلان- في غير موطن المعلن إليه، أو يثبت وهو جالس على المقهى أو في منزله أنه قد انتقل إلى موطن المعلن إليه ولم يجده أو وجده ولكنه رفض الاستلام، إلى غير ذلك من الأساليب التي أصبحت معروفة ومكروهة من الجميع. فإذا نجحنا في إلزام المحضر بالإعلان على نحو حقيقي، فإن ذلك يؤدي بدوره إلى قطع الطريق أمام الخصم الذي يتخذ من الطعن بتزوير الإعلان مطية لعرقلة سير الدعوى<sup>(١)</sup>.

ولكن ماذا يفعل المحضر عندما يتوجه إلى موطن المعلن إليه ويجده مغلقاً، أو يمتنع من يجده عن استلام الإعلان، أو يستلم ولكنه يرفض التوقيع على الأصل بالاستلام ؟

أجابت على ذلك المادة ١١ من قانون المرافعات فقالت بأنه: "إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال. وعلى المحضر -خلال أربع وعشرين ساعة- أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة. ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في

(١) نقض مدني جلسة ٩ أبريل ١٩٥٣ مذكور من قبل.

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

أصل الإعلان وصورته".

ويشترط لصحة الإعلان -وفقاً لهذا النص- ما يلي:

- ١- ألا يجد المحضر الشخص المراد إعلانه أو أي من الأشخاص الذين يجوز تسليم الصورة إليهم في الموطن، أو يمتنع من وجده منهم عن تسليم صورة الإعلان أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام<sup>(١)</sup>. ٢- أن تسلم الصورة لجهة الإدارة التي يتبعها المعلن إليه<sup>(٢)</sup>. ٣- أن يرسل المحضر للمعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار خطاباً مسجلاً خلال ٢٤ ساعة من تسليم الصورة لجهة الإدارة<sup>(٣)</sup>.

مدى التزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة في حالة امتناع المعلن إليه عن استلامه:

وبعبارة أخرى ماذا يفعل المحضر لو توجه لموطن المراد إعلانه ولكن الأخير امتنع عن استلام الصورة. فهل يجب على المحضر تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة، أم أن واجب التسليم لجهة الإدارة لا يكون إلا في حالة امتناع من وجده ممن يصح

---

(١) في تفصيل ذلك انظر: أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٣٥، ص ٣٨٣. أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق ص ١٣٨. ويعتبر من قبيل الامتناع الذي يوجب على المحضر تسليم الورقة لجهة الإدارة امتناع من يوجد من الأشخاص في موطن المطلوب إعلانه عن ذكر اسمه أو صفته التي تميز له تسلم الصورة، لأن مثل هذا لامتناع يحول دون تسليم الصورة إليه على النحو الذي رسمه القانون. المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦.

(٢) في تفصيل ذلك انظر: أ.د. وجدي راغب، مبادئ، ص ٣٤٤.

(٣) وببطل الاعلان المسلمة صورته لجهة الإدارة إذا لم يخطر المعلن إليه بذلك بخطاب موصى عليه، ولو كان هو شخصيا المتنع عن استلام الاعلان. نقض جلسة ١٥ فبراير ١٩٥١ الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠ ق. أشار إليه أ.د. أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء ١٩٥٠ ص ١٣٢.

تسليم الإعلان إليهم في موطن المراد إعلانه؟.

اختلفت وجهات النظر حول هذا الموضوع، بين قائل بالتزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة؛ ولو كان الممتنع هو المعلن إليه، وقائل بعدم التزام المحضر باتخاذ هذا الإجراء؛ لانتفاء الحكمة منه. وسوف نتعرض لهذين الاتجاهين ثم ندلو بوجهة نظرنا بعد ذلك.

#### الاتجاه الأول : التزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة :

ويخلص هذا الرأي<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه يتعين تسليم الصورة إلى جهة الإدارة متى خاطب المحضر المعلن إليه شخصياً في موطنه وامتنع عن الاستلام أو التوقيع؛ حتى ولو وجد المحضر في الموطن غيره ممن يصح تسليم الصورة إليهم، لأن تسليم

(١) أ.د. أحمد أبو الرفا، التعليق ص ١٣٨. أ.د. أحمد مسلم، أصول المرافعات ١٩٧٨ بند ٣٧٧ ص ٤٠٤. أ.د. رمزي سيف، المرافعات بند ٣٧٥ ص ٤٦٠. أ.د. نبيل سماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية بند ٥٥ ص ٨٧. أنظر أيضاً: استئناف مصر جلسة ٢ ديسمبر ١٩٣١، مجلة المحاماة س ١٢ ص ٧٥٢، نقض مدني جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٥١ الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠ ق، أشار إليه أحمد أبو الرفا، مدونة الفقه والقضاء الجزء الثاني ص ١٣٢. وفي هذا الخصوص أرسلت محكمة المنصورة الابتدائية كتاباً إلى إدارة التشريع بوزارة العدل بتاريخ ١٢ فبراير ١٩٥٧ استفسرت فيه عن واجبات المحضر في حالة امتناع الشخص المراد إعلانه عن استلام الصورة. وهل يجب على المحضر تسليم الإعلان في هذه الحالة إلى جهة الإدارة، أم أن واجب تسليم الإعلان لجهة الإدارة لا يكون إلا في حالة امتناع من وجده المحضر في موطن المطلوب إعلانه. وقد جاء رد إدارة التشريع على ذلك بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٥٧ فقالت "إن واجب المحضر إذا لم يجد المعلن إليه المراد إعلانه فيه أن يسلم الورقة إلى وكيله أو خادمه أو أحد أقاربه .. بشرط أن يكون مقيماً معه، ويعتبر الإعلان صحيحاً متى سلمت الورقة إلى أحد المتقدم ذكرهم. أما إذا لم يجد المحضر أحد من هؤلاء أو امتنع من وجده عن تسليم الصورة أو كان المحل المراد الإعلان فيه مفقداً فعلى المحضر أن يسلم الصورة حسب الأحوال لما مور القسم أو البندر أو العملة ... الذي يقع موطن الشخص في دائرته ولو كان هو الممتنع عن الاستلام. كتاب إدارة المحاكم رقم ٧٤-٢١-٦ (٢١١) فبراير ١٩٥٧. ورد في: أحمد مصطفى هلال، إجراءات الإعلان والتنفيذ ١٩٦٥ ص ٢٦.

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

الصورة إلى غير المعلن إليه في موطنه مرهون بعدم وجوده<sup>(١)</sup>، وذلك لأن المادة ٢/١١ من قانون المرافعات تقضي بأنه "إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن ... تسلّم لجهة الإدارة".

والمادة السابقة (م ١٠) تذكر الإعلان إلى الشخص نفسه إلى جانب الإعلان في الوطن<sup>(٢)</sup>.

وقد جرى قضاء محكمة النقض على "وجوب تسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة في حالة الامتناع عن استلامه دون تفريق بين ما إذا كان الممتنع هو شخص المراد إعلانه أو غيره ممن يجوز تسليم الصورة إليهم، فإذا تبين أنه لم يرد في محضر الإعلان شيء عن قيام المحضر بتسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة عقب امتناع المعلن إليه شخصياً عن استلامه وتوجيه كتاب موصى عليه إلى هذا الأخير في

(١) أ. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه ١٩٩٥، الطبعة الثالثة ص ١٦٠. أ.د. أحمد مسلم، أصول المرافعات بند ٣٧٩ ص ٤٠٧. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن الأصل في الاعلان وفقاً لنص المادة ١١ من قانون المرافعات أن تسلّم إلى الشخص نفسه أو في موطنه فإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب اعلانه في موطنه جاز أن تسلّم الأوراق إلى وكيله أو خادمه أو لمن يكون ساكناً معه من أقاربه أو أصحابه وفقاً للمادة ١٢ مرافعات (قديم). فإذا أغفل المحضر اثبات عدم وجود المطلوب اعلانه أو أغفل العلاقة بينه وبين من تسلّم صورة الاعلان، فإنه يترتب على ذلك بطلان ورقة الاعلان. نقض مدني جلسة ١٦ يونيو ١٩٥٥ مجموعة النقض س ٦ ص ١٢٥٦، وجلسة ٢٦ نوفمبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٧٠٣. وفي المقابل ذهب البعض إلى القول بأنه إذا رفض المعلن إليه مقابلة المحضر أو رفض تسلّم الإعلان كان على المحضر أن يسلم الورقة إلى وكيله أو خادمه أو لمن يكون ساكناً معه من أقاربه أو أصحابه بشرط أن يكون من تسلّم الورقة مميزاً ومدركاً أهمية الإعلان وضرورة تسليم الصورة لصاحبها. أ.د. عبد المنعم الشوقوي، المرافعات ١٩٥٠ بند ٢٠٩ ص ٣٢١، د. أبو هيف، المرافعات بند ٦٨٠ ص ٤٩١.

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط ص ٣٧٥ هامش رقم ٣، ٤.

موطنه الأصلي أو المختار في ظرف أربع وعشرين ساعة يخبره فيه أن الصورة قد سلمت لجهة الإدارة؛ فإن الإعلان يكون قد وقع باطلاً<sup>(١)</sup>.

#### الاتجاه الثاني: عدم التزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة :

ويخلص هذا الرأي<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن الإعلان يصح في حال امتناع المعلن إليه شخصياً عن تسلم الصورة، وأن المحضر لا يلتزم في هذه الحالة بتسليم الصورة إلى جهة الإدارة، وأن دوره ينتهي متى أثبت في المحضر بامتناع المعلن إليه عن الاستلام. وذلك على سند من القول بأنه متى كان الممتنع عن استلام الإعلان هو ذات الشخص المراد إعلانه فإنه لا معنى من تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة؛ لأنه قد علم به ولأنه يعد مشاكساً فلا تجب له الرعاية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه " يكون الإعلان صحيحاً متى وجد المحضر المعلن إليه وامتنع الأخير عن الإستلام حتى ولو كان سبب الامتناع بأن محله ليس الآن في المكان المذكور في الورقة ومتى أثبت المحضر ذلك في الإعلان انتهت مأموريته ولا ضرورة لتسليم الإعلان لجهة الإدارة لأن ذلك لازم في حالة الامتناع عن الاستلام في المحل فقط أما هنا فالإعلان للشخص نفسه"<sup>(٣)</sup>.

#### رأينا في الموضوع:

ونحن من جانبنا نتفق مع ما انتهى إليه الرأي الثاني، لأنه يتفق مع قواعد

(١) نقض مدني جلسة ٨ نوفمبر ١٩٥٧ مجلة المحاماة س٣٨ ص١٠٧٢.

(٢) د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية ١٩٢١ ص٤٨٩.

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة جلسة ٨ يناير ١٩١٣، جازيت س٣ ص٦٩.

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

العدل والمنطق، إذ يكون من الأفضل سد الطريق أمام المدعى عليه المماطل، بحيث يعد رفضه أو امتناعه عن استلام الإعلان في موطنه بمثابة إعلان لشخصه، وهذا ما ذهب إليه وبحق المشرع العراقي إذ تنص المادة ١/٢٥ من قانون المرافعات على أنه "إذا امتنع المطلوب تبليغه عن تسلم الورقة ... يحرر القائم بالتبليغ شرحاً يثبت فيه ذلك ويدون فيه تاريخ ومحل حصول الامتناع ويوقعه ويعتبر ذلك تبليغاً". ولاشك في أن هذا النص يحقق اقتصاديات العدالة، وهذا يؤدي إلى وصول الحق لصاحبه دون إبطاء.. أما القول بأنه يجب على المحضر تسليم الصورة إلى جهة الإدارة -رغم امتناع المعلن إليه شخصياً عن استلامها- فهو مضيعة للوقت وغير مبرر.

فإذا كان من الضروري تسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة في حالة تسليم الصورة لمن يجوز تسليمها لهم في موطن المعلن إليه أو في حالة امتناع أي منهم عن استلامها لافتراض عدم علم المعلن إليه بذلك، إلا أنه يكون من الإسراف القول بإعمال مثل هذا الإجراء أيضاً في حالة امتناع المعلن إليه شخصياً عن تسليم صورة الإعلان من المحضر لانتفاء الحكمة من ذلك.

حتى لو فرض وصرفنا النظر عن مسألة لزوم تسليم الإعلان لجهة الإدارة عند امتناع المعلن إليه عن تسلم صورة الإعلان وفقاً للرأي الأول، أو عدم لزوم تسليم الإعلان لانتفاء الحكمة من ذلك وفقاً للرأي الثاني. إلا أنه من الملفت للنظر أن تنص المادة ٨٤ من قانون المرافعات على أنه "إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى، فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة في غير الدعوى

المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم في الحالتين حكماً حضورياً.

أما إذا تعدد المدعى عليهم وكان البعض قد أعلن لشخصه وتغيبوا جميعاً أو تغيب من لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين ويعتبر الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً.

ويستفاد من هذا النص أنه رغم إعلان المدعى عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً للجلسة الأولى<sup>(١)</sup>، إلا أن نص المادة ٨٤ من قانون المرافعات يوجب في غير الدعاوى المستعجلة<sup>(٢)</sup> تأجيل نظر الدعوى وإعادة إعلانه بالجلسة الجديدة إذا لم يكن الإعلان مخاطباً مع شخص المعلن إليه؛ وذلك لاحتمال جهله بقيام الدعوى<sup>(٣)</sup>.

والحق أن تطلب مثل هذا الإجراء - أي إعادة الإعلان قد أضحي وبحق مجالاً خصباً لتعطيل الفصل في الدعاوى من جانب كثير من المدعى عليهم، فرغم إعلان المدعى عليه وفقاً لنص المادتين ١٠/٢، ١١ من قانون المرافعات إلا أنه يعتمد - في

(١) أي إعلانه وفقاً لنص المادة ١٠/٢ من قانون المرافعات.

(٢) لأن هذه الدعاوى لا تحتل التأخير، ويسري هذا الاستثناء أيضاً بالنسبة للطلبات الوقتية التي تبدى مع الطلبات الموضوعية سواء في عريضة الدعوى أو أثناء نظر الأخيرة، بمعنى أنه إذا تقدم المدعي في عريضة دعواه بطلبات موضوعية وطلبات وقتية وتخلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ولم يتقدم بأية مذكرة بدفاعه جاز في الجلسة الأولى نظر الطلبات الوقتية دون الموضوعية، وهذه يجب تأجيل نظرها لجلسة أخرى يعلن بها المدعى عليه بواسطة خصمه. أ.د. أحمد أبو الوفاء، المستحدث في مشروع قانون المرافعات، مجلة الحقوق ١٩٥٩ ص ٢١٤-٢١٥.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.



## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

أغلب الأحوال- عدم حضور الجلسة الأولى التي أعلن بها لغير شخصه وفقاً لنص المادة ١٠/٢ مرافعات، أو قد يتواجد في قاعة الجلسة؛ ولكنه لا يثبت حضوره فيها، وذلك توصلاً منه لتأجيل نظر الدعوى لإعادة إعلانه -وفقاً لنص المادة ٨٤ مرافعات- كسباً للوقت وإضراراً بالمدعى.

وهكذا يتضح لنا أن نص المادة ٨٤ مرافعات بصيغته الحالية يمكن المدعى عليه من عرقلة سير الخصومة، كما يتجاهل وجود الفقرة الثالثة من نص المادة ١١ من قانون المرافعات والتي تقرر اعتبار الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسلم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً.

ولنا أن نتساءل كيف يكون الإعلان منتجاً لآثاره وفقاً للمادة ٣/١١ مرافعات وفي نفس الوقت يجب على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى وتكلف المدعى بإعادة إعلان المدعى عليه -وفقاً لنص المادة ٨٤ مرافعات- لا شيء إلا لأنه لم يعلن لشخصه أي تم إعلانه بالطريق الإداري. ألم يكن الوضع هنا غريباً؟

نعم هو كذلك، لأنه يجعل المدعى عليه الذي تسلم الإعلان في موطنه في مركز أسوأ من المدعى عليه الذي يتواجد في موطنه ويمتنع عمداً عن تسلم الإعلان من المحضر حتى يتم إعلانه بالطريق الإداري، وبالتالي يضمن إعادة إعلانه مرة أخرى وفقاً للنص سالف الذكر. فلماذا يتسلم الإعلان والقانون يعطيه الحق في الامتناع عن الاستلام رغم وجوده في موطنه.

إن المدعى عليه غالباً ما يتخذ من هذه الضمانة -أي العلم بالإجراءات- التي

وضعت في الأصل لحماية كمطية لتعويق العدالة، فقد ثبت لنا من خلال البحث أنه يتخذ من هذه النصوص وسيلة لكيد خصمه، لأن الإعلان متى أجري وفقاً لما يقرره القانون فإنه يبلغ للمدعى عليه في التو واللحظة -في أغلب الأحوال- سواء أكان المدعى عليه متواجداً خارج البلاد أم داخلها. نعم إن المدعى عليه يعلم بالدعوى من الاعلان الأول، ومع ذلك فإنه يفضل الانتظار وعدم مواجهة خصمه، فلماذا يواجهه الآن ونص المادة ٨٤ مرافعات يوجب على المحكمة تكليف المدعى بإعادة إعلانه.

ولذلك نقترح تعديل نص المادة ٨٤ ليصبح على النحو التالي: "إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت إليه وفقاً لما هو مقرر في نص المادتين ١٠، ١١ من قانون المرافعات حكمت المحكمة في الدعوى متى كانت صالحة للفصل فيها، ويعتبر حكمها حضورياً".

وتأكيداً لوجهة نظرنا هذه قضت محكمة النقض "بأن المقصود من الإعلان هو إعلام المدعى عليه بالدعوى وبطلبات المدعي فيها وبالجلسة المحددة بنظرها كي يعد دفاعه ومستنداته، فإن هو أعلن قانوناً بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها سواء علم أو لم يعلم، وإبذاناً من القاضي بالمضي في نظرها سواء مثل المدعى عليه في الجلسات المحددة لنظرها أو من ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً"<sup>(١)</sup>. وبعبارة أكثر وضوحاً فإنه متى تم إعلان المدعى عليه بالشكل القانوني فإنه يعتبر عالمًا بالاجراء ومضمونه، ولا يجوز له الإدعاء بعدم علمه به لأي سبب كان -أي أن هذا الإعلان شأنه في ذلك شأن نشر التشريع يعد قرينة قاطعة على العلم لا يقبل

(١) نقض مدني جلسة ١ فبراير ١٩٩٣ الطعن رقم ١٥١٤ لسنة ٥٨ قضائية، مجلة المعاماة ١٩٩٤ ق ٩٠ ص ١٦٢.

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

معها الاحتجاج بالجهل<sup>(١)</sup>.

ولا شك في أن الأخذ بهذا الاقتراح من شأنه أن يسهل من إجراءات سير الخصومة ويحد من تعطيلها، وقد يقال إن ذلك سوف يخل بضمانة أساسية للمدعى عليه وهي حقه في العلم بالإجراءات؛ غير أن ذلك مردود عليه بأنه إذا كان المدعى عليه حراً في الدفاع عن نفسه، لكن ما لا يجب أن يكون حراً فيه هو السير في القضية وفقاً لهواه، كما لو حاد عن الهدف الذي شرع في الأصل لمصلحته - أي تمكينه من العلم بالإجراءات - إلى غرض غير مشروع بقصد الإضرار بخصمه، وهو ما يسمى التحايل بالقانون على القانون أو الغش نحو القانون *Fraude a la loi*<sup>(٢)</sup>. فرغم إعلان المدعى عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً إلا أنه يتعمد عدم الحضور رغبة في إعنات خصمه ومضايقته وإيذائه.

إن السير الطبيعي للدعوى والحكم فيها يقتضي حضور كل من المدعي والمدعى عليه ليبيدي كل منهما أقواله ودفاعه لتحكم المحكمة في الدعوى بعد تحقيق دفاع كل منهما<sup>(٣)</sup>.

(١) أ.د. وجدي راغب دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٦، ص ١٨ ص ٢٢٠.

(٢) أ.د. عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٢. د. عبد السلام ذهني، في الغش والتدليس والتسجيل ١٩٤٤، الطبعة الثانية ص د. فإذا ما وقع العمل القانوني وكان الدافع إليه إرادة مبيتة في إلحاق الإيذاء بالغير، تعين وقتئذ أن لا يستفيد ذلك العمل من حماية القانون حتى ولو أجراه صاحبه على اعتباره حقاً شرعياً مقررأ له، ما دام قد ألبسه

لباس الخدعة. L'josserand: de l'esprit des droits et leur relativité 2<sup>me</sup> edit. 1939. p. 368.

(٣) أ.د. ومزي سيف، المعارضة في الأحكام الغيابية في مشروع قانون المرافعات، مجلة الحقوق ١٩٤٨ ص ٣ ص ٤٠١.

## المبحث الثاني

### إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في طلب التأجيل

#### تمهيد :

من المسائل التي علت منها شكوى المتقاضين في مصر وأجمع الكل على ضرورة التصدي لها هي كثرة تأجيل الدعاوي أمام المحاكم، وما ينجم عنها من ضياع في وقت القضاة والمتقاضين معاً. نعم يشعر المتقاضون -وبحق- بالمرارة فقلما نجد قضية أجلت أقل من عشر مرات، بل إن من القضايا ماتم تأجيله لأكثر من ذلك بكثير.

ولاشك في أن تكرار التأجيل على هذا النحو قد أصبح عيباً كبيراً في نظامنا القضائي. إذ يقوم كل طرف بإلقاء اللوم على الطرف الآخر، فالقاضي يلقي باللوم على المشرع ويتهم المحامي، والمحامي يتهم القاضي، وأصحاب القضايا يتهمون الجميع . وأمام هذا الوضع، فإنه من المهم التعرف على النصوص التي تعرضت للتأجيل وكيفية تنظيم المشرع لها حتى يمكن الكشف عن أسباب كثرة تأجيل القضايا التي تؤدي حتماً إلى تأخير الفصل في المنازعات المطروحة أمام المحاكم.

#### الأصل أن تجري المرافعة في الجلسة الأولى :

تنص المادة ٩٧ من قانون المرافعات على أن " تجري المرافعة في أول جلسة وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى وإلا حكمت عليه بغرامة لا تقل عن ثلاثين جنيهاً ولا تتجاوز مائتي جنيه".

والهدف الذي يتوخاه المشرع من هذا النص هو حث الخصوم على الإسراع بتقديم مآلدبهم من وسائل الإثبات<sup>(١)</sup>، قبل أن تطرح الدعوى على المحكمة<sup>(٢)</sup>، وذلك حتى يكون الخصمان جاهزان للمرافعة في الجلسة الأولى، بحيث لا يأتي هذا اليوم إلا والقضية مستوفاة وصالحة للحكم فيها بدون حاجة إلى التأجيل<sup>(٣)</sup>.

ولتحقيق هذا الهدف -أي جعل الدعوى صالحة للفصل فيها من أول جلسة- تنص المادة ٦٥ من قانون المرافعات بأنه "على المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدي الرسم كاملاً وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صوراً من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب، وعليه أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة"<sup>(٤)</sup>. وعلى المدعى عليه في جميع الدعاوي عدا المستعجلة والتي انقضى ميعاد الحضور فيها أن يودع قلم الكتاب مذكرة

(١) محمد وعبدالوهاب عشاوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ١٩٥٧ بند ٦٥٩ ص ١٧٦.

(٢) أ. د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٨٠ ص ٤٧٤.

(٣) أ. د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ص ٣٩١.

(٤) في المقابل تنص المادة ٣٣ من قانون الإجراءات السودانية على "أنه مآلم ينص القانون على غير ذلك ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بعريضة واضحة ومختصرة وبعدد كاف من الصور على أن يرفق فيها: ١- كشف بالمستندات التي يعتمد عليها في الدعوى مع إرفاقها أو إرفاق صور منها . ٢- كشف بأسماء الشهود الذين تعتمد عليهم الدعوى وعناوينهم وملخص بياناتهم . ولايسمح بتقديم أي مستندات أو سماع أي شهود لايقدم بهم كشفاً وفق حكم البندين السابقين".

بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل<sup>(١)</sup> .

هذا هو النص، لكن الواقع يدل على أن الفصل في الدعوى من الجلسة الأولى هو فرض نادر الحدوث، إن لم يكن مستحيلاً من الناحية العملية، وذلك بسبب عدم حضور المدعى عليه في أغلب الأحوال<sup>(٢)</sup> . وهذا يلقي بظلال من الشك حول قدرة نص المادة ٦٥ مرافعات على جعل الدعوى صالحة للفصل فيها من أول جلسة كما يرغب المشرع.

مدى قابلية نص المادة ٦٥ من قانون المرافعات للتطبيق أمام المحاكم:

كما يؤسف له أن هذا النص لم يطبق أمام القضاء، لأن المشرع لم يضع جزاءً رادعاً في حالة الإخلال به، بل لانهاء الحقيقة إذا قلنا بأنه لا القاضي ولا الخصوم يعيران هذا النص أي اهتمام، فهو من النصوص المعطلة إذ لا وجود له سوى في مجموعة المرافعات.

فالقاضي لم يسعفه الجزاء في إلزام المدعي بإرفاق كل مستنداته عند تحرير صحيفة الدعوى، ولا إلزام المدعى عليه بإيداع مذكرة بدفاعه قبل الجلسة بثلاثة

(١) وتقابل هذه الفقرة في قانون الإجراءات السوداني المادة ٧٤ منه والتي تقرر على " وجوب أن تشمل مذكرة الدفاع على مايلي : ١- كل الدفوع التي يعتمد عليها المدعى عليه في مناهضة الدعوى . ٢- إقرار أو إنكار صريح لكل واقعة اشتملت عليها عريضة الدعوى أو مذكرة المدعى ماعدا مقدار التعويض . وفي جميع الأحوال يجب أن يرفق مع مذكرة الدفاع كل مستندات الدفاع إن وجدت وأسماء الشهود إن وجدوا".

(٢) د . إبراهيم النفاوي مسئولية الخصم، ص ٦٠٤ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

أيام<sup>(١)</sup> .

أما الخصمان فكثيراً ما يحضران عند نظر الدعوى فى الجلسة الأولى وكل منهما غير عالم بما يخفى له خصمه من الأدلة وما يستشهد به من حجج، فقد يطلب المدعى بحقه فى الرد على دفاع المدعى عليه، والمدعى عليه هو الآخر يطلب التصريح له بتقديم مذكرة أو مستند أو استيضاح المدعى فى واقعة معينة لم يسمع بها إلا فى الجلسة الأولى<sup>(٢)</sup>، كل هذا يؤدي فى أغلب الأحوال إلى تأجيل نظر الدعوى عدة مرات.

ولكن ما يهمنى فى هذا الخصوص هو معرفة الجزاء الذى قرره المشرع عند مخالفة المدعى عليه للفقرة الثانية من نص المادة ٦٥ مرافعات، أى عند عدم إيداعه قلم كتاب المحكمة مذكرة بدفاعه قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام.

### جزاء مخالفة نص المادة ٢/٦٥ من قانون المرافعات:

إذا كان المشرع لم يتعرض فى نص المادة ٢/٦٥ مرافعات للجزاء الواجب إعماله عند عدم إيداع المدعى عليه مذكراته أو مستنداته فى الميعاد المقرر<sup>(٣)</sup>، لكنه أورد هذا الجزاء فى المادة ٩٧ من قانون المرافعات والتي تنص على "أن تجرى

(١) ويلاحظ أن عبارة الوجوب التى وردت فى صدر المادة ٦٥ من قانون المرافعات لا ترتب أى بطلان كجزاء على مخالفتها. أ.د. أحمد أبو الوفاء، المستحدث ص ٢١٩.

(٢) أ. محمد حمدي السيد، فى أسباب كثرة تأجيل القضايا وعلاجها، منشور فى كتاب مجموعة الأحكام، تعليقا على أحكام صادرة من المحاكم الأهلية والمختلطة والفرنسية تطبيقاً على القانون المدني وقانون المرافعات. ١٩٣٠، ص ٥٥.

(٣) أ.د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات بند ٢٧٦ ص ٢٢٥.

المرافعة من أول جلسة وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى وإلا حكمت عليه بغرامة لاتقل عن ثلاثين جنيهاً ولاتجاوز مائتي جنية".

ويشترط لإعمال هذا الجزاء مايلي <sup>(١)</sup> : ١- عدم التزام الخصم بالميعاد الذي قرره المادة ٦٥ مرافعات، وهذه المخالفة في حد ذاتها لاتؤدي إلى المسؤولية إذا لم يترتب على تقديم المستندات والمذكرات في الميعاد تأجيل نظر الدعوى في أول جلسة. ٢- أن يؤدي تقديم المستندات إلى تأجيل نظر الدعوى في أول جلسة. ٣- أن يكون التأخير راجعاً إلى فعل الخصم، وقد عبرت المادة ٩٧ على هذا المعنى بقولها " إذا قدم المدعي أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد".

#### عدم فعالية هذا الجزاء:

يبدو لنا أن نص المادة ٩٧ من قانون المرافعات -بوضعه الحالي- يحث المدعى عليه على عدم إيداع مذكرة بدفاعه في الميعاد المحدد وفقاً للفقرة الثانية من نص المادة ٦٥ مرافعات مادام بوسعه أن يقدم دفاعه في الجلسة الأولى، وهذا هو الذي استقر عليه العمل أمام المحاكم فلم نرُ -في أغلب الأحوال- المدعى عليه يودع مذكرة بدفاعه قبل الجلسة الأولى، وإنما يفضل إرجاء ذلك حتى نظر الدعوى، ليس هذا فحسب بل إنه يطلب من المحكمة في الجلسة الأولى تأجيل نظر الدعوى

(١) د . إبراهيم النفيراوي، مرجع سابق ص ٦٠٣، ٦٠٤.



## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

للإطلاع والاستعداد، وسرعان ما تلبي المحكمة هذا الطلب متغافلة إعمال الجزء الذي تنص عليه المادة ٩٧ من قانون المرافعات بسبب ضيق الوقت وكثرة المنازعات المطروحة عليها، بل إننا لانجاوز الحقيقة إذا قلنا بأن المحكمة تجد نفسها مقيدة من الناحية الأدبية في أن لاترفض طلب الخصم تأجيل نظر الدعوى لأنها ستؤجل هي من تلقاء نفسها وبلا طلب عدداً كبيراً من القضايا لعدم قدرتها على الفصل فيها على نحو يحقق العدالة.

وقد نشأ عن هذا الوضع أن المحكمة كثيراً ماتجيب طلب المدعى عليه تأجيل نظر الدعوى ولو كانت الأسباب التي يبديها واهية، بل ورغم معارضة خصمه أحياناً، وما هذا كله إلا رغبة منها في تقليل عدد القضايا التي سوف تنظرها<sup>(١)</sup>، وحتى لو فرض بأن المحكمة ستوقع الجزء على الخصم الذي يخالف نص المادة ٦٥ مرافعات، فهل يتلاءم هذا الجزء مع مخالفة النص؟!

الإجابة بالنفي بكل تأكيد . وقد يقال إن قيمة الغرامة قد بلغت عشرة أمثالها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، ولكننا نقول إن الواقع أمام المحاكم أثبت أن مبلغ الغرامة -وفقاً لنص المادة ٩٧ مرافعات - غير كافٍ للحد من طلبات التأجيل والتي لا تهدف لها سوى التسويف والمماطلة.

ونتيجة لذلك، فإنه يتعين على المحكمة أن تقبل المستندات المقدمة إليها من الخصوم، ولو انتفى العذر الذي منعهم من تقديمها في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات، ولا يبقى أمامها في هذه الحالة سوى الحكم بالغرامة التي لاتقل عن

(١) أ. عبد الوهاب محمد، الجدول المستمر منشور في مجلة المحاماة ١٩٢٠ س ١، ص ٧.

ثلاثين جنيهاً ولاتزيد عن مائتي جنيه<sup>(١)</sup> . نعم لاتبجاوز مائتي جنيه ولو كانت قيمة الدعوى بالملايين!! إذن لماذا يشغل الخصوم بالهم سواء في حالة الحكم بهذه الغرامة التافهة أو عدم الحكم بها .

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي يقرر في نص المادة ٣٢-١ من قانون المرافعات على أنه للمحكمة أن تحكم على الخصم الذي يتعسف في الإجراءات بغرامة لاتقل عن مائة فرنك ولاتبجاوز عشرة آلاف فرنك، ولايحول ذلك دون المطالبة بالتعويضات متى كان لها مقتضى<sup>(٢)</sup> .

ولاشك في أن هذا النص يدعو بصفة عامة إلي محاربة كل تعسف في استعمال الحق Abus de droit أمام القضاء<sup>(٣)</sup> ، فضلاً عن أنه يعطي القاضي سلطة أكبر في أعمال الجزاء بين حدية الأدنى والأقصى، الأمر الذي يؤدي إلى ضبط مجريات الدعوى على نحو يحقق العدالة بين الخصوم . ويطبق هذا النص على كل من المدعي والمدعى عليه كما يطبق على المتدخل والمدخل في الخصومة وذلك لورود النص في

(١) محمد كمال عبدالعزيز: تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ١٩٩٥ ص ٥٩٨ .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه :

les juges qui condamnent à des dommages - interets une partie envers l'autre ne peuvent se borner à affirmer que la procedure est abusive, sans caracteriser la faute. com. 4 oct. 1971, Bull. civ. iv p.182, civ. 3<sup>e</sup> 21 oct. 1975 ibid, III p. 230, com . 18 mars 1980, D. 1980, iR, 461, obs Julien - pour un exempe de faute nan caracterisée, civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 1978 ilid III, p160 .

- Yvon Desdevises, l' abus du droit du agir en justice avec succes. Dalloz 1979 - (٣) chr. p21 .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

الباب التمهيدي من مجموعة المرافعات الفرنسية<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، نجد أن المشرع المصري -متأثراً بالنظام اللاتيني- قد اكتفى بمجرد تمكين المدعى عليه من الدفاع عن نفسه، وهو حر بعد ذلك في إبداء دفاعه أو عدم إبدائه بالكيفية التي يحددها هو -شفاهة أو كتابة أو هما معاً- منذ إعلانه بصحيفة الدعوى وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، وأقصى ما وصل إليه المشرع في هذا الشأن هو تنظيم استعمال حق الدفاع على النحو الذي رأيناه.

في المقابل نجد أن المشرع السوداني -متأثراً بالنظام الأنجلو سكسوني- قد انتهج لنفسه طريقاً آخر، إذ يجب على المحكمة وقبل الفصل في القضية أن تحدد نقاط النزاع Framing of Issues؛ وذلك ببيان المسائل التي يتفق عليها الخصمان وتلك التي يختلفان عليها<sup>(٢)</sup>، وهي ملزمة بذلك ولو لم يتقدم المدعى عليه بأي دفاع<sup>(٣)</sup>.

(١) أ.د. عزمي عبدالفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ص ٢٦١.

Normand, jurisprudence Francaise en matiere de droit judiciaire prive R.T.D.C. 1985, p.609.

(٢) المادة ٧٢ من قانون الإجراءات السوداني. والمحكمة وفقاً لهذا النص هي التي تحدد نقاط النزاع، وذلك بعد مناقشة الخصوم وفحص مذكراتهم بحيث يمكنها في نهاية المطاف الوقوف على المسائل المختلف عليها بينهم ثم تقوم بتسجيل مايلي في محضر الدعوى: ١- المسائل التي ليست محل خلاف بين الأطراف. ومن ثم فإنها تستبعد من مجال سماع الدعوى بحيث لايقبل في شأنها أية بيعة. ٢- المسائل القانونية والموضوعية المختلف عليها وهي التي يدور في نطاقها سماع الدعوى وتقديم البيعة. ٣- موجز الأدلة التي يرون تقديمها لإثبات نقاط النزاع الموضوعية. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع : أ.د. محمد الشيخ عمر، قانون الاجراءات المدنية السوداني، الجزء الأول ١٩٨٣ ص ٢٨٢.

(٣) المادة ٨٢ من قانون الإجراءات المدنية السوداني.

ولاشك في أن تحديد نقاط النزاع في وقت مبكر عند مناقشة الخصوم أو بمجرد اكتمال المذكرات المقدمة منهم سوف يحقق اقتصاديات العدالة عن طريق تحديد ملامح النزاع؛ وذلك بإبراز الوقائع الجوهرية المختلف عليها بين الخصوم، وهي تلك التي يدعيها أحدهما وينكرها عليه الآخر، إلا أن كليهما يسلم بأنها المسائل التي يرغبان في حسمها دون سواها، ومن ثم تنحصر الجهود في تلك المسائل فحسب ، وهذا يوفر وقتاً وجهداً بل ومالاً<sup>(١)</sup> .

وهكذا فإن تحديد نقاط النزاع على هذا النحو سوف يؤدي إلى حسم المنازعات في وقت ملائم وبصورة مقبولة سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للمحكمة .  
أما التشريعات التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها التشريع المصري، فإن الدعوى تظل هلامية إلى مالانهاية، حيث ينجح الخصوم في استدراج المحكمة -باسم القانون وأدواته- نحو إثارة العديد من المسائل الموضوعية أو الإجرائية والتي غالباً ماتكون مفتعلة منذ مطلع الدعوى وحتى إغلاق باب المرافعة فيها .

#### الأصل عدم جواز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد :

إذا كان الأصل أن تنظر القضية في أول جلسة -وفقاً لنص المادة ٩٧ مرافعات- إلا أنه يجوز للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم أن تقرر تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى وذلك إما قبل البدء في نظر الدعوى أو أثناء نظرها لها، كما أن لها أن تؤجل النطق بالحكم بعد انتهاء

(١) د.أ. محمد الشيخ عمر، المرجع السابق ص ٢٨١.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

المرافعات<sup>(١)</sup>.

غير أنه لا يجوز للمحكمة -وفقاً لنص المادة ٩٨ مرافعات- تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم، على أن لا تتجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع<sup>(٢)</sup>. وتقتضى دراسة هذا النص التعرف على هدف المشرع من تقنينه، ثم من له الحق في طلبه، أنواعه، سلطة محكمة الموضوع في قبول أو رفض طلب التأجيل ومعياري ذلك. وأخيراً التعرف على أسباب كثرة تأجيل القضايا أمام المحاكم.

### الهدف من نص المادة ٩٨ مرافعات :

إن الهدف من هذا النص هو حث القضاة والخصوم على تلافي تأجيل نظر الدعوى بغير مبرر<sup>(٣)</sup>. ولكن هذا لا يعني شل يد القاضي أو المساس بما يراه مناسباً صيانة لحق الدفاع أو ملائمة لإمكانية الفصل في الدعوى<sup>(٤)</sup>، بل إن على المحكمة أن تجيب الخصم إلى طلب تأجيل نظر الدعوى متى وجد مقتضى لذلك. ولذا فإن حرمان الخصم من هذا الأجل يعني الإخلال بحقوقه في الدفاع ويستتبع بطلان الحكم بناء عليه<sup>(٥)</sup>.

(١) أ.د. - فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص ٤٦٥، ٤٦٦.

(٢) والمقصود بتأجيل نظر الدعوى هو إعطاء الخصم مهلة زمنية مقبولة لإعداد دفاعه. أ.د. - وجدي راغب، دراسات في

مركز الخصم أمام القضاء المدني، بند ٤٥ ص ٢٢٤.

(٣) مذكرة اللجنة التشريعية بمجلس الأمة.

(٤) أ.د. - فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص ٢٦٦.

(٥) أ.د. - وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، بند ٤٥ ص ٢٢٤.

### من له الحق في طلب تأجيل الدعوى :

أما عن الحق في تأجيل الدعوى فإنه يكون للمحكمة متى رأت أن من مصلحة العدالة تأجيل نظر الدعوى، بل يجب عليها في بعض الأحوال تأجيل نظر الدعوى سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم، كما يكون هذا الحق أيضاً لأي من الخصمين المتنازعين، وإن كان طلب التأجيل في أغلب الأحوال يقدم من المدعى عليه<sup>(١)</sup> . كذلك يجوز للمتدخل في الدعوى أو المدخل فيها رغم إرادته أن يطلب من المحكمة تأجيل نظر الدعوى حتى يتمكن من إعداد دفاعه فيها<sup>(٢)</sup> .

### أنواع التأجيل :

يتنوع تأجيل الدعوى وفقاً لظروف كل حالة على حدة، فقد يكون التأجيل حتمياً أو قانونياً، وبالتالي يتعين على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى متى طلب منها ذلك، وقد يخضع طلب التأجيل لسلطة محكمة الموضوع، فيكون لها أن تجيب الخصم إلى طلبه كلما طرأ عنصر جديد في القضية يقتضي أجلاً للاستعداد أو للرد عليه<sup>(٣)</sup> ، أو لالتجيبه متى تبين لها أن طلب التأجيل لا يقصد به سوى التسويف والمماطلة بقصد عرقلة سير الخصومة أكبر وقت ممكن . وسوف نتعرض لنوعَي

(١) ولايسري هذا القول على شهود الدعوى . أ.د أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ص ٤٤١ .

(٢) بشرط أن يكون قد أخذ صفة الخصم فيها، حيث يكون له ما للخصم وعليه ما عليهم . راجع رسالتنا للدكتوراه .

اختصاص الغير في الخصومة في قانون المرافعات المصري والمقارن، ١٩٩١ كلية الحقوق جامعة القاهرة ص ١٨٨ وما بعدها .

(٣) أ.د . وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص ٤٤٥ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

التأجيل فيما يلي:

### أولاً : الأجل القانوني أو الحتمي<sup>(١)</sup> :

وهو ذلك الذي يقننه المشرع بهدف تمكين الخصم من الدفاع عن نفسه، وقد يقرر المشرع هذا الأجل إما قبل البدء في نظر الدعوى<sup>(٢)</sup> . . مثل ميعاد التكاليف بالحضور<sup>(٣)</sup> . حيث تنص المادة ٦٦ من قانون المرافعات على أن "ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية"<sup>(٤)</sup> ، وأربع وعشرون ساعة في الدعاوى المستعجلة<sup>(٥)</sup> . والحكمة من هذا الميعاد -أي ميعاد الحضور- هي عدم مفاجأة المدعى عليه بالدعوى أو إجباره على تقديم دفاعه فور رفعها<sup>(٦)</sup> . ولا يترتب على عدم مراعاة مواعيد الحضور بطلان صحيفة الدعوى، وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه في طلب التأجيل

(١) أ. د. وجدي راغب، الاشارة السابقة.

(٢) أ. د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص ٤٦٥.

(٣) وميعاد الحضور هو الحد الأدنى الذي يجب أن يمضي بين تاريخ إعلان صحيفة الدعوى وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها، وهو لا يمنح إلا للخصم في الدعوى، ويضاف إليه ميعاد مسافة بحيث يتكون من مجموعهما ميعاد واحد، وهو لا يمنح للخصم إلا مرة واحدة بالنسبة للطلب الواحد غير أنه يتعين أن يمنح له في كل مرة يوجه إليه طلب يختلف عن الطلب السابق إعلانه به كما إذا عدل المدعى طلباته في سببها أو بالإضافة إليها . أما إذا انتقصها أو عدلها بما لا يخرجها عن تصويرها السابق فلا يلزم منح الخصم ميعاد حضور جديد . نقض مدني جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الجمعية العمومية لمحكمة النقض، الجزء الثالث ص ٦٢١.

(٤) ويجوز في حالة الضرورة نقض هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة على التوالي.

(٥) ويجوز في حالة الضرورة نقض هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا

إذا كانت من الدعاوى البحرية.

(٦) أ. د. وجدي راغب، دراسات ، بند ٤٧ ص ٢٢٥.

لاستكمال الميعاد<sup>(١)</sup> . وهذا يعني أنه على المحكمة أن تستجيب لطلب المدعى عليه التأجيل في هذه الحالة وإلا كان حكمها باطلاً لإخلاله بحق الخصم في التأجيل<sup>(٢)</sup> .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف الخرطوم<sup>(٣)</sup> . بأنه " إذا حضر المدعى عليه وطلب فرصة لإعداد دفاعه فيجب على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه متى كان هذا الطلب مبرراً . وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعى عليه قد أعلن بورقة التكليف بالحضور في نفس اليوم المحدد للجلسة، وقد حضر المدعى عليه وصدر حكم ضده رغم اعتراضه الذي مؤداه أن المحكمة لم تمنحه فرصة مناسبة لإعداد وتقديم دفاعه . وقد استطردت محكمة الاستئناف فقالت بأنه كان يجدر بمحكمة أول درجة أن تؤجل الدعوى لتمكين المدعى عليه من إعداد دفاعه" .

وقد يقرر المشرع الأجل الحتمي أثناء نظر الدعوى، مثال ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١١٩ من قانون المرافعات على أنه " يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . . " .

ولضمان جدية طلب الضمان -والذي يقدم في أغلب الأحوال من المدعى عليه- تنص المادة ١٢٢ من قانون المرافعات على أنه " إذا رأت المحكمة أن طلب الضمان

(١) المادة ٦٩-٢ من قانون المرافعات .

(٢) أ. د. و. د. راغب، دراسات بند ٤٧ ص ٢٢٥ .

(٣) سابقة أحمد محمد أحمد ضد سعيد أحمد دريجي، استئناف الخرطوم . مجلة الأحكام -٧- ١٩٣٢ .



## المدعى عليه وظاهرة البطلان في التقاضي

لأساس له جاز لها الحكم على مدعي الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية".

ولنا ملاحظة على نص المادتين ١١٩، ١٢٢ من قانون المرافعات، فالأول أمر حيث يوجب على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى متى توافرت إحدى حالاته وهذا يسمى بالتأجيل الحتمي، ولا جدال في أن الإخلال بحق الخصم في التأجيل في هذه الحالات يؤدي إلى بطلان الحكم<sup>(١)</sup>. أما نص المادة ١٢٢ فإنه ليس نصاً آمراً وإنما يجوز للمحكمة بموجبه أن تحكم بالتعويض أو لا تحكم به وفقاً لما تراه، بل إن أغلب الفقه<sup>(٢)</sup>، يرى أن الحكم بالتعويض جوازي للمحكمة حتى ولو ثبت حصول الضرر، ولا يحكم به إلا بناء على طلب خصم المدعي بالضمان في الدعوى الأصلية.

وهكذا يتضح التناقض بين النصين، فالأول يوجب على المحكمة التأجيل متى توافرت مفترضات النص، أما الثاني فإنه يجيز للمحكمة الحكم بالتعويض ولو ثبت لها أن طلب الضمان لا أساس له من الصحة وإنما قدم بقصد عرقلة سير الخصومة. أي تناقض هذا ؟!

ألم يكن من الأفضل جعل الحكم بالتعويض وجوبياً عند تحقق مخالفة نص المادة ١٢٢- كما كان الحكم بالتأجيل حتمياً وفقاً لنص المادة ١١٩/١ مرافعات- وذلك حتى لا يتخذ الخصم هذا النص كمطية للمراوغة والتسويق.

(١) وجدي راغب، دراسات، بند ٤٩ ص ٢٢٦.

(٢) أ.د. عبدالمنعم الشرقاوي الوجيز في قانون المرافعات ١٩٥٤ بند ٢٦٠ ص ٣٩٥. أ.د. أحمد أبو الوفا التعليق على قانون المرافعات ص ٥٥٩. أ.د. أحمد مسلم، أصول بند ٥٥٤ ص ٥٨٩. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ص ٦١٥.

لكل ماتقدم فإننا نتفق مع بعض الفقه<sup>(١)</sup> ، في أنه إذا ما اجتمعت مفترضات إعمال نص المادة ١٢٢ مرافعات كان لزاماً على المحكمة أن تقضي بالتعويض على المدعي بالضمان<sup>(٢)</sup> . ولذلك فإننا نقترح تعديل نص المادة ١٢٢ ليصبح على النحو الآتي : إذا ثبت للمحكمة أن طلب الضمان لا أساس له وجب عليها ومن تلقاء نفسها الحكم على المدعى به بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية .

ولاشك في أن هذا التعديل يحقق العدالة بين الخصوم، فضلاً عن أنه يقطع الطريق أمام الخصم سييء النية الذي يطلب إدخال ضامن في الخصومة كوسيلة للوصول إلى تأجيل القضية بغير مبرر مما يلحق ضرراً بسير العدالة، لأن تأخير نظر القضية عن الجلسة المحددة لها لا يقتصر ضرره على تلك القضية بل يتعدها إلى إيقاع الاضطراب في سير العمل القضائي بأجمعه<sup>(٣)</sup> . فمتى ثبت للمحكمة أن الخصم لا يقصد سوى عرقلة سير الخصومة وجب الحكم عليه بدون تأخير، وإلا كان القاضي آثماً عند الله تعالى، لأنه يقر الظالم على ظلمه ويفتح أمامه أبواب التحايل فيصبح القضاء وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل كما قال تعالى ﴿لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ ولذلك حذر القرآن الكريم منه في أول الآية فقال

(١) أ.د . أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان الفرعية ١٩٨٦ بند ١٧٥ ص ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) وهي : ١- سبق تعرض المحكمة لموضوع الضمان أثناء نظر الدعوى الأصلية . ٢- أن يتبين للمحكمة أن طلب الضمان لم يقصد به سوى تأخير الفصل في الدعوى الأصلية . ٣- أن يترتب على تأخير الفصل في الدعوى الأصلية حدوث ضرر لخصم طالب الضمان . أ.د . أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان، الإشارة السابقة .

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون النسائي، وردت في قواعد المرافعات في التشريع المصري، والمقارن ، محمد وعبدالوهاب العشماوي الجزء الثاني ١٩٥٨ ص ٦٦ هامش رقم ٣ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ، وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ ﴾<sup>(١)</sup> وبذلك تنقلب وظيفة القضاء رأساً على عقب<sup>(٢)</sup>.

ومن أمثلة الأجل الحتمي الذي يقرره المشرع أثناء نظر الخصومة ماتنص عليه المادة ١٣٥ من قانون المحاماة من أنه " . . يتعين على المحكمة في حالة تنازل المحامي عن التوكيل تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر". والحكمة التي ابتغاها المشرع من وجوب تأجيل الدعوى في حالة تنازل المحامي عن التوكيل هي تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها . ويترتب على الإخلال بحق الخصم في التأجيل بطلان الحكم<sup>(٣)</sup> . مالم يثبت للمحكمة أن طالب التأجيل سبىء النية، ويكون ذلك كذلك، إذا كان الغرض من التنازل هو الرغبة في إطالة أمد الخصومة أمام المحكمة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الطاعن قد وكل محامياً آخر حضر عنه في الاستئناف وصرحت له المحكمة بتقديم مذكرة بدفاعه ثم رأت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية أن طلبه بإعادة القضية للمرافعة- لإخطار موكله بالتنازل حيث وكل محامياً آخر عنه -بعد أن حجزتها للحكم هو طلب غير جدي، لم يقصد به سوى إطالة أمد الخصومة، ومن ثم فإن النعي على حكمها بأنه خالف

(١) سورة البقرة الآية ١٨٨ .

(٢) محمد مصطفى الزحيلي - مرجع سابق ص ١٣٢ .

(٣) أ. د. وجدي راغب، دراسات بند ٤٩ ص ٢٢٦ .

القانون أو أخل بحق الدفاع يكون على غير أساس<sup>(١)</sup> . وقضت أيضاً بأنه " لما كان الطاعن قد استكمل دفاعه في الدعوى فإن تحديه بنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يصبح عديم الجدوى، لأن المشرع لم يقصد من هذا النص سوي تمكين الخصم من إبداء دفاعه إذا تنازل محاميه عن التوكيل، ومن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس<sup>(٢)</sup> .

### ثانياً : الأجل التقديري :

وهو الذي يكون بموجبه للمحكمة سلطة تقديرية في تأجيل نظر الدعوى، سواء من تلقاء نفسها، كما لو وجدت أن جدول الجلسة مزدحم بقضايا أكثر مما تستطيع نظره في يوم واحد<sup>(٣)</sup> ، أو بناء على طلب من أحد الخصوم . وما أكثر طلبات التأجيل التي تبتدى من الخصوم، وبصفة خاصة تلك التي تقدم من المدعى عليه . وما يؤسف له أن أغلب هذه الطلبات يكون لسبب واحد أو بغير سبب في الكثير من الحالات، ولاننكر هنا الدور الفاعل الذي تؤديه نصوص قانون المرافعات والتي من خلالها يستطيع المدعى عليه أن ينكل بخصمه كيف يشاء، حيث يخفى نيته تحت ستار الإجراءات القانونية.

(١) نقض مدني جلسة ١١ يناير ١٩٧٧ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق مجموعة النقض س٢٨ ص١٩٤ وما بعدها .

(٢) نقض مدني جلسة ٦ ديسمبر ١٩٧٥ الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٩ ق مجموعة النقض س٢٨ ص١٥٦٦ .

(٣) أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٢ ص٤٦٦ . وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تزجل إصدار الحكم لأكثر من

مرة . نقض مدني جلسة ١٢ مايو ١٩٦٦ الطعن رقم ١٠ لسنة ٣٣ ق . مجموعة النقض س١٧ ص١١٢١ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

### إجابة طلب التأجيل كلما طرأ عنصر جديد فى القضية :

من المستقر عليه فى الفقه<sup>(١)</sup> ، أنه يجب على المحكمة أن تمنح أجلاً للخصم بناء على طلبه، كلما طرأ عنصر جديد فى القضية يقتضى استعداداً جديداً، ويعد عنصراً جديداً يوجب على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إثارة دفوع جديدة أو التمسك بسند قانوني جديد يصل إلى حد التغيير فى الأساس القانوني للدعوى<sup>(٢)</sup> . كما لو صدر قانون جديد<sup>(٣)</sup> ، أو اقتصر الأمر على إجراء تعديل فى القانون القائم، بحيث يؤثر هذا أو ذاك على الخصومة المطروحة أمام المحكمة، هنا يكون للخصم صاحب المصلحة أن يطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يتمكن من إعداد دفاعه فى ضوء هذه المستجدات . فإذا اعتدت المحكمة بهذه المستجدات وبنّت الحكم عليها رغم حرمان الخصم من الأجل فإنها تكون بذلك قد أخلت بحقوقه فى الدفاع مما يؤدي إلى بطلان الحكم .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه وأوراق الطعن أن طرفي الخصومة طلباً بجلسة ١٨ إبريل ١٩٧٤ حجز الاستئناف للحكم مع تقديم مذكرات، ثم قررت المحكمة إصدار حكمها بجلسة ١٩ مايو ١٩٧٤ ورخصت لمن يشاء من الطرفين بتقديم مذكرات فى عشرة أيام دون أن تحدد موعداً لكل من الطرفين ليقدم مذكرته فى خلاله حتى تتاح الفرصة للآخر

(١) أ. د. وجدي راغب دراسات بند ٥١ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٢) أ. د. وجدي راغب دراسات بند ٥١ ص ٢٢٨ .

(٣) J. MIGUET. immutabilite et evolution du litige. these. toulouse . 1977 n365 p43 .

الرد عليه، وكان المطعون ضده قد تقدم بمذكرة سلمت صورتها للطاعن في ٢٧ ابريل ١٩٧٤ قبل الأجل المحدد لتقديم المذكرات بيوم واحد -تضمنت لأول مرة دعواً ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف وآخر باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فطلب الطاعن في ٤ مايو ١٩٧٤ إعادة الدعوى إلى المرافعة ليتمكن من الرد على هذين الدفعين، غير أن المحكمة لم تستجب لهذا الطلب ثم عولت في قضائها على مادفع به المطعون ضده في مذكرته المشار إليها فحكمت باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فإنها بذلك تكون قد صادرت حق الطاعن في الرد على ما أثير في الدعوى من دفع جديد مما يعد إخلالاً بمبدأ المواجهة بين الخصوم وخروجاً على القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي، ويكون الحكم المطعون فيه قد شابه البطلان لإخلاله بحق الدفاع<sup>(١)</sup> .

**ولكن هل يجوز للمحكمة أن تؤجل نظر الدعوى بناء على طلب أحد الخصوم لمرة ثانية ولذات السبب ؟**

الأصل أنه لايجوز -وفقاً لنص المادة ٩٨ من قانون المرافعات- تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم؛ وهو ما يعني أنه ليس للمحكمة إجابة طلب خصم التأجيل لسبب معين إلا مرة واحدة<sup>(٢)</sup> ؛ وذلك رغبة من المشرع في حسم المنازعات في أقرب وقت وبأقل النفقات . ومع ذلك فإن النص لا يمنع تكرار التأجيل لنفس السبب -ولولنا على طلب الخصم- إذا كان سبب التأجيل لا يرجع إليه

(١) نقض مدني جلسة ٢٩ مارس ١٩٧٨ الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٨٨٧ .

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص ٤٦٦ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

كما هو الحال بالنسبة للتأجيل حتى يقدم الخبير تقريره، كما أن هذا النص لا يمنع تكرار التأجيل -ولو كان سبب التأجيل يرجع للخصم- إذا كان السبب يختلف في كل مرة<sup>(١)</sup>.

ونتيجة لذلك -ووفقاً لنص المادة ٩٨ مرافعات- فإنه إذا كان لايجوز للمدعى عليه أن يطلب من المحكمة تأجيل نظر الدعوى لسبب معين إلا مرة واحدة، لكنه يستطيع أن يطلب التأجيل مرات عديدة مادام السبب مختلف في كل مرة، فله أن يطلب تأجيل الدعوى مرة للاطلاع وأخرى للاستعداد، وله الحق في طلب التأجيل لإعلان شهوده، وقد يتطور الأمر فيطالب بإحالة القضية للتحقيق، وقد يتنازل عن هذا الطلب في وقت لاحق، ثم سرعان مايدفع بالطعن في صحة المستند المقدم من خصمه في الدعوى، وقد يروق للمدعى عليه إدخال شخص من الغير في الخصومة لا لشيء إلا لمجرد التسويف والمماطلة، فإذا ماوجد المحكمة تتأهب للفصل في الخصومة طلب رد أحد قضااتها ثم يتنازل عن هذا الطلب بعد ذلك، وقد يدفع بعدم دستورية إحدى المواد التي تطبق على الخصومة، ليس هذا فحسب بل له الحق في طلب فتح باب المرافعة بعد إغلاقها بحجة أن لديه أدلة جديدة لم يكن في مقدوره تقديمها أثناء سير الدعوى.

نعم إن الخصومة أمام القضاء تسلخ وقتاً طويلاً يستطيع من خلاله المدعى عليه أن ينكل بالمدعى، الأمر الذي يجعل تحقيق العدالة مطلباً صعب المنال إن لم يكن

---

(١) أ.د. فتحي والي، الإشارة السابقة.

مستحيلاً في بعض الأحوال<sup>(١)</sup> .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان المدعى عليه (الطاعن) قد عمل على عرقلة حصول المدعي (المطعون عليه) على حقه برفع إشكالات في التنفيذ وتسخير الغير في رفع ثمانية دعاوى استرداد قضي فيها جميعاً بالرفض، إن هذا اللدد في الخصومة من جانب المدعى عليه وإسرافه في المضارة بها عامداً، واتخاذة إياها أداة للكيد للمدعى، ووسيلة لإيذائه، والانتقام منه على صورة شاذة تدل على تأصل روح الشغب والاستهتار لدى المدعى عليه بدليل تمسكه بأطيان المدعي، وبقائه فيها، وعدم خضوعه للأحكام المتكررة الصادرة لصالح المدعي . وحيث أن مسلك المدعى عليه هذا استنفد من وقت المدعى ومجهوده وماله الشيء الكثير ليجابه نشاط خصمه وليعلى حقه على باطله في دعاوى مدنية كثيرة أمام عدة محاكم، إن مسلك المدعى عليه ينطق بأنه اتخذ المشاكل مع المدعى صناعة له وهواية وجعل ديدنة مهاجمته والعمل على إقلاق راحته لمدة أحد عشر عاماً<sup>(٢)</sup> .

(١) والأصل -في حياة البدو- أن الموعد المتفق عليه لا يقبل التقديم أو التأخير، والهدف من ذلك هو سرعة البت في القضايا المتنازع عليها وخوفاً من نشوء مضاعفات لاثمد عقباها من جراء الماطلة ومرور الزمن، لأن الماطلة في تأدية الحق تعرض البدوي للاستهزاء من قبل أفراد مجتمعه مما يدفعه إلى التفكير باتباع طرق أخرى غير طريق القضاء من أجل الوصول إلى ما يعتقد أنه حقه . ومن هنا اتفق قضاء البدو على حصر الحالات التي يصح اعتبارها أعذاراً من أجل تأجيل الدعوى فيما يلي : ١- حدوث أمطار غزيرة وسيول جارفة تحول دون السفر في الموعد المحدد لنظر الدعوى ٢- الغزعة، وهي تعرض عشيرة أحد الطرفين المتنازعين للغزو وهذا يحول دون مغادرة أي فرد من أفراد العشيرة ٣- المرض المقعد ٤- طلب الحكومة، ويشترط أن يكون هذا الطلب الزامياً . للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع انظر: محمد أبو حسان . تراث البدو القضائي نظرياً وعملياً من منشورات دائرة الثقافة والفنون ١٩٧٤ . ص ٧٨ .

(٢) نقض مدني جلسة ٢٧ مارس ١٩٥٢ القضية رقم ٢٦٩ لسنة ٢٠ ق مجموعة النقض س ٢ ص ٩١٦ .



## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

إن قانون المرافعات بوضعه الحالي يعطي الخصوم أجلاً طويلاً دون قيد أو شرط، تارة لتقديم المستندات وأخرى للإطلاع عليها وثالثة للرد عليها ورابعة لتبادلها وغيرها من الأسباب العديدة والتي غالباً ماتكون واهية أو غير منطقية، كل هذا يؤدي إلى إطالة أمد التقاضى وازدحام المحاكم بكم هائل من الخصومات، بل لانهماز الحقيقة إذا قلنا بأن القاضى -فى بعض الأحوال- يسعد فى داخله متى طلب أحد الخصوم تأجيل نظر الدعوى ولايهمه بعد ذلك إن كان طلب التأجيل جدياً من عدمه، والسبب فى ذلك هو عدم التناسب بين عدد القضايا التي يجب عليه أن يفصل فيها فى جلسة واحدة وقدراته كإنسان.

### **سلطة محكمة الموضوع فى قبول أو عدم قبول طلب التأجيل :**

من الثابت أن لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية فى تأجيل نظر الدعوى، حيث يجوز لها تأجيل نظر الدعوى سواء من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup>، أو بناء على طلب من أحد الخصوم، كما يكون لها أن ترفض هذا الطلب<sup>(٢)</sup>، إذا تبين لها أن طلب التأجيل

(١) كما فى حالة نقل أعضاء الهيئة التي نظرت الدعوى حيث يتعذر على الباقيين إجراء المداولة. ويعد من قبيل ذلك أيضاً حالة إدخال المحكمة لشخص من الغير فى الخصومة لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة فى الدعوى ( المادة ١١٨ من قانون المرافعات).

(٢) ولكنها تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض. أ.د. و.جدي راغب، داسات فى مركز الخصم، هامش رقم ١٠٠ ص ٢٢٧. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى أحد أحكامها بأنه " إذا كانت المحكمة قد منحت الخصوم أجلاً كافياً لإبداء دفاعهم قبل أن تحجز القضية للحكم، وكان الطاعن لم يعترض على الأجل الذى حددته المحكمة لتقديم المذكرات عند حجزها للحكم كما أنه لم يطلب منها مد أجل النطق بالحكم لتقديم مذكرة بدفاعه لا يكون له بعد ذلك أن يطعن على الحكم بأن المحكمة التي أصدرته قد أخلت بحق فى الدفاع لعدم منحه مدة كافية لتحضير دفاعه. نقض مدني جلسة ١٩ يونيه ١٩٦٩ مجموعة النقض ص ٢٠٢ ١٠٠٢ .

لامبرر له .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " ليس على المحكمة أن تجيب كل طلب للتأجيل يتقدم به الخصم إليها متى تبين أن الدعوى مستوفاه<sup>(١)</sup> ، أو أن طلب التأجيل لامبرر له<sup>(٢)</sup> . فإذا كانت المحكمة قد استكملت في الدعوى دفاع الخصوم ثم منحتهم أجلاً كافياً لتقديم المذكرات والمستندات فإنها لا تكون ملزمة بعد ذلك بإجابة تأجيل النطق بالحكم مرة أخرى لتقديم مذكرات متى كانت قد كونت عقيدتها مما أبدى في الدعوى وماقدم فيها من أوراق<sup>(٣)</sup> . فإذا رفضت طلب التأجيل فإنها لا تكون قد أخلت بحق الدفاع، لأن إجابة مثل هذا الطلب أو عدم إجابته وتقدير العذر الذي منع من تقديم المذكرات في الميعاد كل ذلك من إطلاقات محكمة الموضوع<sup>(٤)</sup> .

وفي نفس الاتجاه قضت المحكمة العليا بأنه: " إذا كانت المحكمة قد رفضت طلب التأجيل المقدم من أحد الخصوم لاشتغال محاميه بعمل آخر، فإنها لا تكون قد جاوزت سلطتها ولا تكون قد أخلت بحق هذا الخصم في الدفاع متى كانت قد أذنت له في تقديم مذكرة بدفاعه قبل النطق بالحكم. كذلك ليس على المحكمة أن تجيب الخصم إلى طلبه تأجيل القضية لجلسة أخرى ليعين محامياً، إذا كان قد أعلن في

(١) نقض مدني، جلسة يناير ١٩٥٦ الطعن رقم ٣٢٤ لسنة ٢١ ق.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٠ مارس ١٩٤٩ الطعن رقم ١٤٥ لسنة ١٧ ق.

(٣) نقض مدني، جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٢١ ق، وجلسة ١٩ يناير ١٩٥٦ مجموعة النقض

س ٧ ص ١٠١، وجلسة ١ مايو ١٩٥٨ مجموعة النقض س ٩ ص ٣٨٢، وجلسة ٢٢ يونيو ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨

ص ١٣٦٦، وجلسة ٣ يوليو ١٩٦٩ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١١٨.

(٤) نقض مدني، جلسة ٢٨ أبريل ١٩٦٦ مجموعة النقض س ١٧ ص ٩٣٨.

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

الميعاد القانوني وكان يستطيع تعيين محاميه من وقت الإعلان<sup>(١)</sup>. وقضت أيضاً بأن " نص المادة ١١٩ مرافعات صريح في أنه إذا لم يكن الخصم قد كلف ضامنه بالحضور في الموعد المحدد أو تكون الجلسة المحددة للدعوى الأصلية قد حلت قبل انقضاء هذا الأجل فإن المحكمة لا تلتزم بالتأجيل لادخال ضامن وإنما يكون لها أن تجيب طالب الضمان أو لاتبجبه إلى طلبه بحسب ماتراه<sup>(٢)</sup> .

وفي جميع الأحوال فإنه يكون لمحكمة الموضوع أن تعدل عن قرارها بالتأجيل أو رفض التأجيل لأنه حكم تحضيري ينظم سير الخصومة وليس حكماً قطعياً<sup>(٣)</sup> .

### معيار قبول أو عدم قبول طلبات التأجيل المتكررة :

لايستفاد مما تقدم أنه يجب على المحكمة -في جميع الأحوال- أن تقرر عدم قبول طلبات التأجيل التي يتقدم بها المدعى عليه ولو كانت متكررة، مادامت مبررة، أي لازمة للفصل في الدعوى على نحو يحقق العدالة، وإنما يتعين على المحكمة وهي تعمل سلطتها الشرعية في مراقبة طلبات التأجيل أن تميز بين أمرين :

(١) نم، جلسة ١٩ ديسمبر ١٨٩٦ مجلة القضاء ١٨٩٧، ٣٠. وفي نفس المعنى حكم بأن " محكمة الجناح المستأنفة ليست ملزمة بتأجيل القضية بناء على طلب المتهمين بسبب عدم حضور المحامي عنهم لأنه كان للمتهمين سعة من الوقت من يوم طعنهم بالاستئناف لكي يركلوا عنهم محامياً فإذا لم يكونوا قد فعلوا أو كانوا قد وكلوا محامياً ولم يحضر فالاهمال واقع منهم أو من المحامي عنهم ولا يبطل الحكم لعدم إجابة المحكمة طلب التأجيل". نقض جنائي جلسة ٥ ديسمبر ١٩١٤ مجلة الشرائع ص ٢ ص ١١١. مرجع القضاء رقم ٧٦٦٧ ص ١٩٧٦ .

(٢) نقض مدني، جلسة ٢٢ يونيو ١٩٧٨ الطعن رقم ٨٩٥ لسنة ٤٤٤ ق .

(٣) أ. د. د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٢٦ .

الأول : الهدف من طلبات التأجيل هو المعاملة أو التسوية *de la chose* :

أي محاولة الحصول على أكبر قدر ممكن من الآجال، حيث يخفى طالب التأجيل نيته في اللدد في الخصومة تحت ستار الإجراءات القانونية عن طريق طرح دفع واهية أو مجردة من الأساس أمام القضاء وإلزامه بالفصل فيها بهدف تأخير الحكم في القضية<sup>(١)</sup> ، في هذه الحالة يكون المدعى عليه قد أخل بواجب السير في الخصومة بحسن نية<sup>(٢)</sup> ، الأمر الذي يؤدي إلى مسئوليته تجاه خصمه نتيجة لذلك .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة المنيا الكلية بالتعويض على المدعى عليها التي أساءت استعمال حقها في طلب التأجيل . وتخلص وقائع هذه القضية في أن المدعي كان يداين المدعى عليها في مبلغ ٢١١٠ جنيهاً بسنتين أحدهما ١٠٠٠ جنية والثاني ١١١٠ جنية مشروط فيهما التقاضي نهائياً أمام محكمة ملوى، فلما استحق السند الأول رفع به دعوى تحدد لنظرها جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٢٥، وفي

(١) أ.د. - عزمي عبدالفتاح، نحو، نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ص٢٤٨، انظر أيضاً : أ.د.

أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام ١٩٨٠ الطبعة الرابعة بند ٦٠ ص١٦٠ .

- Jean Viatte, L'amende civile pour l'abus du droit de la plaidier Gazzette du palais 1972-3- p305 . - Yvon - Desdevises, op. cit p. 21 .

(٢) أ.د. - وجدي راغب، مبادئ، ص٤٤٩ . وقد نصت على هذا الواجب المادة ٨٨-١ من قانون المرافعات الايطالي

والمادة ٢٤ من قانون المحكمة العليا الانجليزي . وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات بأنه "

لا يعيب الحكم إغفاله الرد على دفاع لا يستند إلى أساس قانوني صحيح، لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن

الدعوى أحيلت إلى الدائرة الكلية لنظرها بجلسته ١٢/٢٤/١٩٩٠ وكان ذلك في حضور محامي الطاعة وبناء على

طلبه وطلب باقي الخصوم وإذ علموا جميعاً بالجلسة التي حددت لنظر الدعوى بعد إحالتها فلا محل بعد ذلك لإعلان

أيهم بها وبالتالي فلا تشريب على الحكم المطعون فيه إن هو اعرض عما أثارته الطاعة بشأن عدم إعلانها بتلك الجلسة

لأنه دفاع ظاهر الفساد" جلسة ٢٩ يونية ١٩٩٣ الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ١٤ قضائية، مجموعة الأحكام الصادرة عن

دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشرعية س١٥ ص١١١٨ .

## المدعى عليه وظاهرة البطلان فى التقاضى

غضون إعلان هذه الدعوى استحق السند الثاني فتعدل الطلب إلى المبلغ جميعه، ثم لجأت المدعى عليها إلى طلب التأجيل مراراً حتى طعنت بالإنكار على السند الذي قيمته ١١١٠ جنيه، وبذلك دخل الأمر في نزاع كيدي استمر أمام محكمة ملوى وأسيوط الابتدائية زهاء الخمس سنوات، وانتهى النزاع بالحكم بصحة السند المطعون عليه ابتدائياً في ٤ يونية سنة ١٩٢٩ ونهائياً في ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٠، وأنه بسبب هذا الدفاع الكيدي الذي أطال أمد الفصل في الدعوى تكبد المدعى أتعاباً كثيرة لمحامين ومصاريف انتقال وأتعاب خبيرين استشاريين فضلاً عما لحقه بسبب الطعن بالإنكار من إساءة إلى سمعته وما استحوذ عليه طول مدة التقاضى.

" وحيث أنه يتضح من الاطلاع على القضية طلب الوكيل عن المدعى عليها تأجيل القضية للاستعداد فتأجلت الدعوى لجلسة ١٢ يناير ١٩٢٦ وفيها أعاد الحاضر عن وكيلها طلب التأجيل للاستعداد ولإدخال ضامين في الدعوى لأنه يجوز أن يكونا قد سدا المبلغ، فلما رفضت المحكمة طلبه قرر أنه يطلب التأجيل للطعن على السند الذي قيمته ١١١٠ جنيه فتأجلت الدعوى لجلسة ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ وفيها قرر الوكيل عن المدعى عليها أنه متفق مع زميله وكيل المدعى على التأجيل للصلح فتأجلت لجلسة ٢ فبراير ١٩٢٦، وفيها طعن وكيل المدعى عليها بإنكار السند الذي قيمته ١١١٠ جنيه واعترف بالثاني ف قضى بقيمته وأحيلت الدعوى على التحقيق بالنسبة للطعن بالإنكار، ثم تعين فيها خبير قال بعدم صحة توقيع المدعى عليها على السند المطعون فيه، الأمر الذي اضطر المدعى لأن يطل بحشه عن مستندات قاطعة للنزاع حتى تمكن في النهاية من إثبات صحة توقيع المدعى عليه

على السند محل الطعن بالتزوير، وهكذا تبين للمحكمة أن المدعى عليها كانت تقصد بمرافعتها وادعاءاتها في القضية مكيدة خصمها المدعى باعترافها بصحة السند ثم انكارها لتصل بذلك إلى مد أجل النزاع والنيل من خصمها جزاء مطالبتها بحق ترى هدره والافلات منه ولو جر إلى مسئولية الغير والمساس بسمعته<sup>(١)</sup>.

### الثاني: الهدف من طلبات التأجيل هو التحري والتثبت من أمور جوهرية لازمة لإظهار الحقيقة في الدعوى :

وفي هذه الحالة يكون للمحكمة إجابة طلبات التأجيل المقدمة من المدعى عليه، ولو كانت متعددة، مادامت ضرورة لتحقيق العدالة في الخصومة.

وتطبيقاً لذلك طرحت أمام محكمة مصر الكلية الأهلية قضية تتلخص وقائعها<sup>(٢)</sup>، في أن شخص قد توفي ولم يترك ورثة، فألت تركته إلى وزارة المالية (بيت المال)، ثم رفع أحد دائني المتوفى دعوى على الوزارة يطالبها بسداد دينه، فأعلنت الوزارة الشك في صحة السند ووجود الدين، وطلبت ندب خبير لفحص الإمضاء، وتأجلت قضية الدين ثماني دفعات، ثم حكم للدائن. وقبل أن يعلن حكمه، رفعت على الوزارة دعاوى بديون أخرى، فترتب على تأخير الفصل في قضية الدائن الأول مزاحمة الدائنين الآخرين له في قيمة التركة، فطالب الدائن الأول الوزارة بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب تأجيلها الدعوى دفعات متعددة. غير

(١) محكمة النيا الكلية الأهلية جلسة ٢٦ أكتوبر ١٩٣١ مجلة المحاماة ص ١٠١٤. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة النقض بأنه " للمحكمة سلطة في رفض طلب تأخير الفصل في الدعوى للادعاء بالتزوير متى تبين لها أن مقدمه لم يكن جاداً فيه، وأنه لم يبيغ منه إلا مجرد الماطلة وكسب الوقت" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٨ الطعن رقم ٤١٣، ٤٣٢ لسنة ٤٤ ق.

(٢) أ. د. سليمان مرقص، تعليقات على الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ بند ١٠ ص ٦٤٦.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

أن المحكمة قضت بعدم مسئولية المدعى عليه (وزارة المالية) عن ذلك على سند من القول " أنه لانزاع في أن للخصوم الحق في طلب تأجيل قضاياهم، وبجيبهم القاضي إلى ذلك إذا لم يكن هناك مانع، وقد قرر المشرع بعض قواعد يسترشد بها القضاة في مسائل التأجيل، فما دام أمر التأجيل بيد القاضي، فلا يمكن التسليم بأن فعل التأجيل قد صدر بإرادة حرة من الوزارة مادام أن للسلطة الشرعية المختصة حق مراقبة مثل هذا الطلب".

وفي تأكيد حكمها بعدم مسئولية الوزارة قالت " إن المحكمة تلاحظ أن مركز وزارة المالية في دعوى الدين هو مركز صاحب حق في تركة آلت إليها بعد وفاة مورث لا تدري من أمره شيئاً إلا بعد تحريات إدارية تستدعي بلا شك وقتاً غير عادي لجمع معلومات أوصفتها مسئولة عن أموال التركة، إذ لا تركة إلا بعد وفاء الدين، لذلك كان من الواجب على الوزارة أن تتأكد من صحة سند الدين وصدوره من المورث، فإذا ما أظهرت رغبتها في تأجيل الدعوى وإجابتها المحكمة بتأجيلات قصيرة بعضها أسبوعاً واحداً لتتحرى وتتثبت من هذا الأمر الذي له تأثير على حقوقها في التركة، فلا يمكن أن يفسر استعمال هذا الحق وهو مشروع بأن فيه إفراطاً أو خطأ أو إهمالاً" (١).

### أسباب كثرة تأجيل القضايا أمام المحاكم:

وأخيراً وفي ضوء ماتقدم يمكن القول بأن كثرة طلبات تأجيل القضايا أمام المحاكم ترجع إلى سببين هما :

(١) محكمة مصر الكلية الأهلية، جلسة ١٥ فبراير ١٩٣٦ مجلة المحاماة ١٩٣٧ ص ١٦ وما بعدها.

أولاً : عدم وجود سياسة تشريعية واضحة ترسم للعدالة طريقها :  
حيث عدم التناسب بين عدد القضاة وكمّ القضايا المطروحة عليهم الأمر الذي جعل هؤلاء القضاة غير قادرين على الفصل في هذه المنازعات على نحو يحقق العدالة ولو أرادوا تحقيقها<sup>(١)</sup> .

#### ثانياً : الخصوم :

أما السبب الثاني فإنه يرجع إلي الخصوم، وبصفة خاصة المدعى عليهم ومحاميهم، فإنهم يستغلون نصوص القانون بقصد عرقلة سير الخصومة أكبر وقت ممكن، ولماذا لا يفعلون ذلك مادامت هذه النصوص لم تحتو على جزاءات رادعة تجعلهم يفكرون كثيراً قبل ابداء طلبات التأجيل المتكررة والتي لا يقصدون منها سوى التسويف والمماطلة. فلا جزاء يوقع على المدعى عليه الذي يخالف ماتنص عليه المادة ٦٥-٢ مرافعات، بل لا تجاوز الحقيقة إذا قلنا أنه لا القاضي ولا الخصوم يهتمون بهذا النص، فلم نعثر على حكم واحد يقرر توقيع عقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة ٩٧ من قانون المرافعات -رغم تفاهتها- إذا لم يودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه قبل الجلسة بثلاثة أيام. كما أن مخالفة نص المادة ٩٨ من قانون المرافعات لا ترتب أي بطلان سواء من ناحية تجاوز التأجيل عن ثلاثة أسابيع أو تكرار التأجيل ولو بدون أي سبب جدي<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر ماسبق ص ٤ وما بعدها .

(٢) أ.د. أحمد أبو الوفا التعليق ص ٤٤٠ . وقد جاء في تقرير اللجنة التشريعية أن المراد من نص المادة ٩٨ مرافعات هو حث القضاة والخصوم على ثلاثي تأجيل الدعوى بغير مبرر، ولا تشرب على القاضي مع هذا النص إن هو أفسح أو كرر التأجيل حين يرى مبرراً لذلك، ولكن يبقى الأصل في حدود ما استحسنه النص .



## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

ولذلك يجب على المشرع أن يرفع من قيمة الغرامة على نحو يجعلها رادعة، بحيث يرفع من حدها الأقصى لتتناسب مع كل الدعاوى من حيث قيمتها، فليس من العدل الحكم بالغرامة التي لا تزيد عن مائتي جنيه على المدعى عليه المماطل ولو كانت قيمة الدعوى تقدر بالملايين. وعليه نقترح تعديل نص المادة ٩٧ من قانون المرافعات لتصبح على النحو الآتي " تجرى المرافعة في أول جلسة، وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل الدعوى، فإذا ترتب على قبول المستند تأجيل الدعوى حكمت عليه بغرامة لا تقل عن ثلاثين جنيهاً ولا تتجاوز ألف جنيه".

وقد يقال أن نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات يجيز لمن لحقه ضرر من تأجيل نظر الدعوى المطالبة بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، ولكن ثبت في الواقع أن الخصم الذي يلحقه ضرر من الدعوى الكيدية أو الدفاع الكيدي نادراً ما يلجأ إلى القضاء مطالباً بالتعويض عن هذا الإجراء الكيدي<sup>(١)</sup>. خاصة وأن القانون لا يجيز له المطالبة بالتعويض إلا برفع دعوى أصلية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) د. إبراهيم النفاوي. مسئولية الخصم ص ٩٦٣.

(٢) وذلك باستثناء ما تنص عليه المادة ١/١٢٥ من قانون المرافعات والتي تقرر بأن للمدعى عليه أن يطلب الحكم بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها.

### المبحث الثالث

#### إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في رد القاضي

##### تقديم :

إن مبدأ سيادة الخصوم في الدعوى وما يستتبعه ذلك من وجود مبدأ حياد القاضي في مجال الوقائع يتحدد أساساً بنطاق الدعوى المدنية حيث ينصب النزاع على المصالح الخاصة والمراكز الفردية<sup>(١)</sup>.

ويعني مبدأ حياد القاضي ضرورة أن يتخذ الأخير موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء<sup>(٢)</sup>؛ وذلك باعطائهم فرصاً متكافئة تمكنهم من مباشرة اجراءات الخصومة كالحق في إبداء الدفع أو تقديم الطلبات، أما إذا خول القاضي أحد الخصوم مالم يخوله للخصم الآخر من حقوق الدفاع فقد اختل حياد القاضي واختل معه ميزان العدالة<sup>(٣)</sup>.

ويتأسس مبدأ حياد القاضي على قاعدة أصولية قوامها وجوب اطمئنان المتقاضي إلى قاضيه، وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى، وإذا كانت جملة الأحكام التشريعية المنظمة لشؤون القضاء قد حرصت على تدعيم

(١) د. هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مجلة المحاماة، ١٩٧٠ س. ٥٠ عدد ٤ ص ٧٧ هامش ١.

(٢) أ. د. عبدالرزاق السنهوري، شرح قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، طبعة ١٩٥٦، ص ٣٠٦، للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع أنظر للمؤلف اختصاص الغير في قانون المرافعات رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩١، ص ١٣٣ هامش رقم (١).

(٣) أ. د. وجدي راغب، دراسات بند ١١٣ ص ١٨٥، انظر أيضاً المستشار طه أبو الخير، حرية الدفاع ١٩٧١ ص ١٠٠.

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

وتوفير هذه الحيدة، فإنها في نفس الوقت لم تغفل عن حق المتقاضي إذا كانت لديه أسباب تدعو إلى مظنة التأثير في هذه الحيدة، إذ يجد السبيل ليحول بين من قامت في شأنه هذه المظنة وبين القضاء في دعواه<sup>(١)</sup>، ومن هنا قام حق كل خصم<sup>(٢)</sup>، في طلب رد القاضي عن نظر النزاع، بشرط أن يسلك طالب الرد الطريق الذي سنه المشرع دون سواه<sup>(٣)</sup>. ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع سوف نتعرض لأسباب رد القاضي ثم نوضح كيف يستغل الخصوم حق الرد لتحقيق مآرب منهية عنها والآثار التي تترتب على ذلك، بعد ذلك نتعرف على الكيفية التي عالج بها المشرع هذا المسلك غير السوي من بعض الخصوم، وأخيراً نسجل بعض الملاحظات على سياسة المشرع المصري في هذا الخصوص.

### أسباب رد القاضي :

يكون للخصم الحق في رد القاضي -وفقاً لنص المادة ١٤٨ من قانون المرافعات- إذا توافر أي من الأسباب الآتية :

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

(٢) حيث يجوز طلب الرد من المدعى أو المدعى عليه أو المتدخل أو المدخل في الخصومة ولو كان سبب الرد راجعاً لخصومة بين أحد الخصوم وقريب القاضي أو صهره، كما يجوز تقديم طلب الرد من النيابة العامة إذا كانت خصماً أصلياً في الدعوى. العشماوي قواعد المرافعات بند ٩٠٢.

(٣) نقض مدني جلسة ٢٤ إبريل ١٩٤١ الطعن رقم ٨ لسنة ١١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً الجزء الأول ١٩٨٧ ص ٣٨٥٤، وفي نفس المعنى : نقض مدني جلسة ٢٠ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٩٥٥. وجلسة ٥ يناير ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٩٦. ولا يعد الرد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، وعلى ذلك فلا يجوز الطعن في حكم صادر من محكمة الاستئناف بقوله أنه صادر في دعوى يجوز رد القاضي عنها. استئناف مختلط جلسة ٢ يناير ١٩٤٠، س ٥٢ ص ٨٧.

١- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي مالم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه. ودافع الحظر هنا هو الخشية من أن يتأثر القاضي عند نظره في الدعوى المطروحة عليه بوجهة نظره في دعواه أو دعوى زوجته فيميل إلى الحكم في الاتجاه الذي يتفق ومصلحته -باعتباره إنساناً- مدفوعاً في ذلك بشعوره الطبيعي وبالرغبة في إنشاء سابقة يستند إليها في دعواه أو دعوى زوجته بعد ذلك<sup>(١)</sup>.

٢- إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته مالم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.

٣- إذا كان للقاضي صلة قوية تتخذ مظاهر معينة بأحد الخصوم، والحالات التي تدلل على وجود هذه الصلة هي:

- إذا كان أحد الخصوم خادماً للقاضي، ومعيار وجود مثل هذه الصلة هو قيام رابطة تبعية تؤدي إلى الائتمار بأوامره والامتثال لنواهيه، وينصرف ذلك إلى الخادم والسائق والبواب والكاتب وناظر الزراعة، ولكنه لا يمتد إلى المزارع أو المستأجر، كما لا يعتبر الطبيب أو المهندس أو المقاول خادماً فيما

(١) أ. د. رمزي سيف قانون المرافعات بند ٥١ ص ٧٧.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

يقوم به من أعمال<sup>(١)</sup>.

- إذا كان القاضى قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم، واعتياد المؤاكلة يعنى تكرار المشاركة فى الطعام ولو على مائدة الغير<sup>(٢)</sup>.
- إذا كان القاضى قد اعتاد مساكنة أحد الخصوم، كما لو اشترك الاثنان فى سكن واحد لبعض الوقت يستوي إن كانت المشاركة بأجر أو بدون أجر، ولكن لايقوم هذا السبب إذا كان القاضى وأحد الخصوم يسكنان فى مبنى واحد ولكن فى شقق مختلفة<sup>(٣)</sup>.
- إذا كان القاضى قد تلقى هدية من الخصم قبيل رفع الدعوى أو بعده، وتفترض هذه الحالة عرض من جانب الخصم وقبول من جانب القاضى، ولايكفى مجرد تقديم الهدية وإنما يشترط قبولها من جانب القاضى فإذا توافر الشرطان المتقدمان فإن الهدية ترتب أثرها وتقوم كسبب لرد القاضى<sup>(٤)</sup>.

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق ص ٦٤٢. العشماوي، قواعد المرافعات الجزء الثاني بند ٩٠٢. المستشار: أنور طلبة موسوعة المرافعات ١٩٩٣ ص ٧٤٤.

(٢) أ.د. فتحى والى، الوسيط بند ١٠٦ ص ١٧٦. أما الاجتماع العارض على مائدة شخص من الغير فإنه لا يعد مؤاكلة، ولا تقتصر المؤاكلة على تناول الطعام وإنما تمتد إلى تناول المشروبات.

(٣) أ.د. فتحى والى، المرجع والاشارة السابقة.

(٤) أ.د. أحمد ماهر زغلول، دروس فى المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاتها المستحدثة الجزء الأول ١٩٩٣ بند ٨٨ ص ٨٧. ولا يشترط تقديم الهدية للقاضى مباشرة وإنما يكفى تقديمها إلى زوجته أو أحد أقاربه أو أحد أصحابه بقصد توصيلها للقاضى. مع ملاحظة أن رفض الهدية لا يصلح سبباً لرد القاضى. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الطبعة الثالثة ١٩٩٥ ص ٨٩٢.

٤- إذا كان بين القاضي وأحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . وهذا سبب عام تندرج تحته صور متعددة من الأسباب التي يثور الشك فيها حول قدرة القاضي على الفصل في الدعوى المطروحة أمامه دون تحيز إلى أحد الخصوم، وهذا يدل على أن حالات الرد قد وردت على سبيل التمثيل لا الحصر<sup>(١)</sup> . والعداوة أو المودة التي عناها المشرع في المادة ١٤٨-٤ مرافعات يجب أن تكون شخصية<sup>(٢)</sup> ، إذ لا يكفي اتفاق القاضي أو اختلافه مع الخصم في آرائه الفكرية والسياسية<sup>(٣)</sup> . كما يجب أن تكون المودة أو العداوة من القوة بحيث يستنتج منها أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بغير ميل، أي أن يكون من شأنها أن تدفعه إلى القضاء بغير الحق<sup>(٤)</sup> . وعلى ذلك فإن مجرد المعرفة أو الجيرة أو اتفاق المصالح فإنه

(١) أ. د. وجدي راغب، مبادئ، ص ١٩٩، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص بند ١٢٤ ص ٢٨١، محمد كمال عبدالعزيز، التعليق ص ٨٩٥ . ومن الفقه من يرى أن حالات رد القاضي قد وردت على سبيل الحصر وبالتالي لا يجوز القياس عليها . أ. د. أحمد أبو الوفا، التعليق في قانون المرافعات الطبعة الخامسة ص ٦٤١، أ. د. فتحي والي، الوسيط بند ١٠٦ ص ١٧٨، أ. د. نبيل اسماعيل عمر، المرافعات ص ٥١ . وقد ذهبت بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الأهلي إلى القول " بأن أسباب الرد المدونة في قانون المرافعات وردت على سبيل الحصر، وأما ما جاء بالفقرة الثامنة من المادة (٣٠٩) مرافعات أهلي فإنه مع احتمال لعدة فروض فإنه لا يخرج عن كونه سبباً واحداً للرد وهو " احتمال عدم إمكان القاضي الحكم بغير ميل " ولا يغير من ذلك أن هذا السبب الذي أراده القانون يختلف باختلاف الظروف وفقاً لكل دعوى على حدة " . نقض جلسة ٢٥ مارس ١٩٣٥

(٢) ولذلك فإن العمل السابق لرئيس الدائرة بتيابة أمن الدولة العليا في عهد تناوله طالب الرد بالنقد ليس من شأنه أن يولد العداوة بينهما أو صلة المودة مع خصمه . نقض ٤ نوفمبر ١٩٨٦ الطعن رقم ١ لسنة ٥٥ قضائية مجموعة أحكام النقض س ٣٧ ص ٧٨ .

(٣) أ. د. فتحي والي، الوسيط ، بند ١٠٦ ص ١٨٠ .

(٤) استئناف مصر جلسة ٢٢ ديسمبر ١٩٣١ مجلة المحاماة س ١٢ ٨٦٢ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

لا يعد سبباً من أسباب الرد<sup>(١)</sup> . ويلاحظ أن تقدير وجود العداوة أو المحبة من عدمه يرجع لتقدير محكمة الموضوع وفقاً للملابسات وظروف كل حالة على حدة<sup>(٢)</sup> .

**تعسف الخصوم فى استعمال حق الرد وفقاً لنص المادة ١٤٨/٤ من قانون المرافعات :**

مما يؤسف له أن أغلب قضايا الرد المطروحة أمام المحاكم تستند إلى هذا السبب<sup>(٣)</sup> ، أي الادعاء بوجود عداوة أو مودة بين القاضى وأحد الخصوم، فيكفى أن يفتعل الخصم أو ممثله مشادة مع القاضى لكي يطلب رده<sup>(٤)</sup> . وقد يدعى طالب الرد حدوث وقائع تجعله غير مطمئن إلى قضائه فيطلب تحقيقها تحريماً للحقيقة<sup>(٥)</sup> .

وإذا كان لأي من الخصوم فى الدعوى الحق فى طلب رد القاضى متى توافر سبب من الأسباب التى نصت عليها المادة ١٤٨ مرافعات، إلا أنه لوحظ فى الواقع أن المدعى عليه يسيء استخدام هذا الحق فيطوح به إلى غاية غير غايته . نعم إن أغلب طلبات الرد تقدم من المدعى عليهم وهم لا يقصدون منها سوى عرقلة سير

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا التعليق ص ٦٤٣.

(٢) أ.د. أحمد السيد صاوي، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤ ص ١١٤ ، أنظر أيضاً:

استئناف مصر جلسة ٢٥ مارس ١٩٣٥ مجلة المحاماة ص ١٦ ص ١٥٤ .

(٣) حيث يصعب إثبات الأسباب الأخرى التى أشارت إليها المادة ١٤٨ مرافعات، كما أن القاضى من جهة أخرى يتنحى وجوباً -فى الغالب- حينما يقوم به أي سبب من الأسباب سالفة الذكر . د . علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية بند ٥٥ ص ٨٣ .

(٤) أ.د. نبيل اسماعيل عمر، قانون المرافعات، ص ٥٢ .

(٥) نقض مدني جلسة ٨ ديسمبر ١٩٤٠ مجلة المحاماة ١٩٤٠ ص ٢١ ص ٥٧٧ .

الخصومة أكبر وقت ممكن، محاولين في تقارير الرد الصاق التهم والأباطيل بأشخاص القضاة واختلاق العديد من المزاعم الخالية من الدليل والتي لا يقصد منها سوى تخويف القضاة وإجبارهم على الإذعان لما يرمون إليه. فمتى طلب المدعى عليه رد أحد أعضاء المحكمة فإنه لا يكون أمام الأخيرة سوى وقف سير الدعوى بقوة القانون إلى أن يحكم في طلب الرد وفقاً لنص المادة ١٦٢ من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>.

وهكذا فإن المدعى عليه إذا مارغب في إعنات خصمه ماعليه إلا أن يستخدم المادتين ١٤٨ و ١٦٢ من قانون المرافعات، فالأولى، تعطيه الحق في الادعاء بوجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم يرجع معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل. أما الثانية، فتتحقق له ما كان يصبو إليه من طلب الرد وهو عرقلة سير الخصومة، إذ يجب على المحكمة أن توقف سير الدعوى -بالحالة التي كانت عليها في يوم تقديم الطلب- بقوة القانون إلى أن يحكم في طلب الرد<sup>(٢)</sup>. فيمتنع على القاضي وعلى الخصوم القيام بأي نشاط إجرائي في الدعوى، فإذا فصل القاضي المطلوب رده في الدعوى قبل الفصل في طلب الرد<sup>(٣)</sup>؛ كان حكمه باطلاً والبطلان

(١) نقض مدني جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٩١ الطعن رقم ٤٠٩ السنة ٦١ق، مجلة المحاماة ١٩٩٤ الجزء الثاني ص ١١٧١.

(٢) على أنه منعاً من الأضرار التي قد تلحق بخصم طالب الضمان فإنه يجوز لرئيس المحكمة -وفقاً للفقرة الثانية من نص المادة ١٦٢ مرافعات - ندب قاضي بدلاً من طلب رده ويكون لهذا الأخير أن يقوم فقط بما يقتضيه الاستعجال أي بالإجراءات التي لا تحتمل التأخير. د. علي عوض، مرجع سابق ص ١٠٦. وسوف نلاحظ -فيما بعد- أن هذا النص عاطل أمام المحاكم لأسباب تتعلق بمرفق العدالة. راجع فيما سبق ص ٥ وما بعدها.

(٣) وذلك مالم تتوافر إحدى الحالات التي ينص فيها القانون على عدم وقف الدعوى كأثر للتقرير بالرد. المادة ١-١٦٢ مكرر من قانون المرافعات.



## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

هنا يتعلق بالنظام العام<sup>(١)</sup> .

أثار إساءة استعمال حق الرد وفقاً لنص المادة ١٤٨ / ٤ من قانون  
المرافعات:

نتيجة لهذا الوضع ازدادت طلبات الرد أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها،  
حيث أسرف الخصوم -خاصة المدعى عليهم- في تقديم هذه الطلبات خصوصاً في  
بعض الدعاوي ذات الطبيعة الخاصة ولأسباب غير جدية، وذلك بهدف تعطيل السير  
في الدعاوي المنظورة أمام المحاكم أو بهدف اقضاء القاضي بغير مسوغ مشروع عن  
نظر الدعوى<sup>(٢)</sup> .

فقد دلت الإحصاءات الرسمية على أن أكثر من ٨٠٪ من طلبات الرد يتنازل  
عنها أصحابها بعد ذلك لعلمهم بكيديتها، ولكن بعد تحقق الغرض منها، وهو  
تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية ثم تغيير أشخاص القضاة الذين لا يستجيبون  
لطلباتهم المخالفة للقانون والعقل، وتهديد من يأتي بعدهم بذات سلاح الرد<sup>(٣)</sup> .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ١٦٢ من قانون المرافعات أن وقف الدعوى الأصلية  
إلى أن يحكم في طلب الرد يتم بقوة القانون دون حاجة إلى صدور حكم بذلك وقضاء القاضي المطلوب رده في  
الدعوى قبل الفصل في طلب الرد هو قضاء ممن حجب عن الفصل الدعوى لأجل معين، ومن ثم يقع باطلاً لتعلقه  
بأصل من أصول المحاكمة تقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى توزيع العدالة" نقض مدني جلسة ٢٤ إبريل مجموعة  
أحكام النقض ١٩٨٣ ص ٣٤ ص ١٠٣٧ . نقض جنائي جلسة ٢٣ يونية ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ص ١٠  
ص ٦٦٢ . أشار إليهما : محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات ص ٨٣٨ .

(٢) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ والمعمول به اعتباراً من ١ أكتوبر ١٩٧٦ .

(٣) د . محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ١٩٩٤ ص ٣١-٣٢ .

كل هذا أدى إلى مطالبة كل من الفقه والقضاء<sup>(١)</sup> بضرورة تدخل المشرع لمواجهة اسراف الخصوم في طلبات الرد والتي ساهمت بلا شك في انماء ظاهرة البطء في التقاضي . نعم كان تدخل المشرع ضرورياً لاجراء تعديل في بعض الأحكام المتعلقة بالرد على نحو يضمن جدية هذه الطلبات وبحيث يجعل طالبي الرد ملزمين باستعماله لتحقيق الهدف الذي شرع من أجله دون سواه .

#### تعديل النصوص المتعلقة برد القاضي :

نظراً لأن أحكام الرد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية غير كافية لمواجهة طلبات الرد المتكررة من الخصوم والتي لا يقصد منها في أغلب الأحوال سوى عرقلة سير الخصومة، لذلك رؤي علاجاً لها بما يحقق الصالح العام تعديل بعض أحكام الرد بما يضمن جدية طلبات الرد . لذلك تدخل المشرع<sup>(٢)</sup> فأجرى تعديلاً في بعض النصوص الخاصة برد القاضي، وكان ذلك على مرحلتين : الأولى في عام ١٩٧٦ بموجب القانون رقم ٩٥، والثانية في عام ١٩٩٢ بموجب القانون رقم ٢٣ .

(١) فقد ذهبت محكمة جنوب القاهرة الكلية في أحد أحكامها - ربحق- إلى القول: " . . . والمحكمة بمناسبة تصديها لموضوع طلب الرد هذا وعلى ضوء ما تبينته من أنه من ألوان الغلو في استعمال حق الرد وأن غاية مثل هذا الطلب تعطيل الفصل في الدعوى التي قدم بشأنها وأن الذي شجع عليه تفاهة الجزاء الذي رتبته المشرع في حالة الحكم بسقوط الحق في طلب الرد أو بعدم قبوله أو برفضه، لذلك تهيب المحكمة بالمشرع أن يتدخل سريعاً بتعديل الجزاء سالف الذكر واستبداله بعقوبة سالبة للحرية حماية للمتقاضي خصم طالب الرد من ناحية وحماية للقاضي ملاذ التقاضي من ناحية أخرى" القضية رقم ٦٠٣٢ لسنة ١٩٨٣ جلسة ٢٨ يونية ١٩٨٣ - غير منشور، أشار إليه د . علي عوض، مرجع سابق ص ١١٥ .

(٢) ولعله مما يشير الانتباه أن أحكام رد القضاة التي كان معمولاً بها عند بدء النظام القضائي الحديث عام ١٨٨٣ تكاد لم يدخل عليها تعديل يذكر لمدة جاوزت تسعين عاماً، محمد كمال عبدالعزيز، مرجع سابق ٨٩٧ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

وسوف نتناول هذين التعديلين بالتفصيل فيما يلي:

**المرحلة الأولى : تعديل النصوص المتعلقة برد القاضى وفقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ :**

**ملاحع هذا التعديل :**

تركزت التعديلات التي أدخلها القانون رقم ٩٥ لسنة ٧٦ حول تحقيق هدفين أولهما، العمل على تضيق نطاق الرد . وثانيهما، تشديد الجزاء الذي يوقع على الخصم طالب الرد في حالة الحكم برفض طلب الرد أو بسقوط الحق فيه أو عدم قبوله .

**أولاً : تضيق نطاق طلب الرد:**

تحقيقاً للهدف الأول من التعديل وهو تضيق نطاق الرد أضاف القانون فقرة جديدة إلى المادة ١٥٢ تنص على أن يسقط حق الخصم في طلب الرد إذا لم يحصل التقرير به قبل إقفال باب المرافعة في طلب رد سابق في الدعوى أخطر بالجلسة المحددة لنظره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى إقفال باب المرافعة، وقد أضيفت مادة جديدة برقم ١٥٨ مكرر تنص بأنه "على رئيس المحكمة في حالة تقديم طلبات رد قبل إقفال باب المرافعة في طلب رد سابق أن يحيل هذه الطلبات إلى الدائرة ذاتها المنظور أمامها ذلك الطلب لتقضي فيها جميعاً بحكم واحد".

ولاشك في أن تضيق نطاق الرد على النحو المتقدم سوف يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والمال فضلاً عن قطع الطريق أمام طالبي الرد سيئي النية.

ثانياً : تشديد الجزاء على طالب الرد في حالة رفض طلبه أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله :

عملاً على تحقيق الهدف الثاني وهو تشديد الجزاء على الخصم طالب الرد لغير أسباب جدية بهدف تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية، فقد أجرى القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ تعديلاً -في نص المادة ٣٢٧ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨<sup>(١)</sup> والتي أصبحت بعد التعديل المادة ١٥٩ -من شأنه أن يساعد على تحقيق الغرض المقصود منه، وهو صد الخصوم عن اساءة استعمال حق الرد، وحتى لا يتخذ هذا الحق وسيلة للتجني على القضاء<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء نص المادة ١٥٩ مرافعات على النحو الآتي " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله على الطالب بغرامة لاتقل عن عشرين جنيهاً ولاتزيد على مائة جنية وبمصادرة الكفالة، وفي حالة ماإذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ وحكم برفضه فعندئذٍ يجوز إبلاغ الغرامة إلى مائتي جنية. وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم. وفي حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة".

كذلك تم تعديل الفقرة الثالثة من نص المادة ١٥٣ مرافعات لتصبح على النحو الآتي " وعلى طالب الرد أن يودع عند التقرير خمسة وعشرين جنيهاً على سبيل

(١) والتي كانت تقرر بأن على المحكمة عند رفض طلب الرد أن تحكم على الطالب بغرامة لاتقل عن خمسة جنيهاً ولاتزيد عن خمسين جنيهاً إلا إذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ٣٥١ فعندئذٍ يجوز إبلاغ الغرامة إلى مائة جنية.

(٢) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

### الكفالة<sup>(١)</sup> .

وهكذا يتضح لنا أن المشرع - بموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ - قد وحد من قيمة الكفالة التي يجب على طالب الرد أن يودعها عند التقرير بالرد لتصبح خمسة وعشرين جنيهاً بعد أن كانت مصنفة وفقاً لدرجة القاضي المطلوب رده من عشرة جنيهاً متى كان المطلوب رده قاضياً، وهي ثلاثين إذا كان مستشاراً بمحكمة استئناف أما إذا كان مستشاراً بمحكمة النقض فإن قيمة الكفالة هي خمسين جنيهاً. وهذا يعني أن المشرع قد رفع من قيمة الكفالة إذا كان المطلوب رده قاضياً أما إذا كان مستشاراً بمحكمة الاستئناف أو النقض فإن المشرع قد خفف من قيمة الكفالة إذ أصبحت خمسة وعشرين جنيهاً بعد أن كانت قبل التعديل ثلاثين في الاستئناف وخمسين في النقض. وهذا يدعونا إلى القول بأن التعديل الذي طرأ على قيمة الكفالة لهو إلى تدليل الخصم المماطل أقرب منه إلى التشديد عليه. ولذلك كان من الأفضل أن يبقى المشرع على نظام التدرج في قيمة الغرامة بعد رفعها وفقاً لنوع المحكمة المقدم طلب الرد أمامها.

أما فيما يتعلق برفع قيمة الغرامة - وفقاً لنص المادة ١٥٩ مرافعات - والتي توقع على طالب الرد في حالة رفض طلبه أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه فقد أصبحت لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد عن مائة جنية<sup>(٢)</sup>. وبمصادرة الكفالة بعد

(١) وقد كان النص قبل تعديله يوجب على طالب الرد أن يودع عند التقرير به عشرة جنيهاً أو ثلاثين جنيهاً أو خمسين جنيهاً حسب ما إذا كان المطلوب رده قاضياً أو مستشاراً بمحكمة استئناف أو مستشاراً بمحكمة النقض.

(٢) وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة ١٥٩ من قانون المرافعات.

أن كانت الغرامة قبل التعديل لاتقل عن خمسة جنيهاً ولا تزيد عن خمسين جنيهاً وكانت لاتتوقع إلا في حالة الحكم برفض طلب الرد<sup>(١)</sup> .

وحسناً فعل المشرع بأن سوى في الجزاء في حالة رفض الطلب أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه إذ أوجب توقيع الحكم بالغرامة في حالة الحكم بسقوط الحق في طلب الرد<sup>(٢)</sup> ، أو عدم قبوله بالاضافة إلى حالة الحكم برفضه مع مصادرة الكفالة، وذلك بغرض مواجهة سوء استخدام هذا الحق .

ولكن مما يؤسف له أن موقف المشرع لم يكن حاسماً فيما يتعلق بالتنازل عن طلب الرد حيث اكتفى بالقول في الفقرة الأخيرة من نص المادة ١٥٩ " وفي حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة" وهذا يعني أنه لطالب الرد الحق في التنازل عن هذا الطلب في أي وقت يشاء منذ بدء خصومة الرد وحتى إغلاق باب المرافعة فيها ، فمتى قرر طالب الرد التنازل عن طلب الرد وجب على

(١) راجع نص المادة ٣٣٧ من القانون السابق .

(٢) ويحكم بالسقوط إذا قدم طلب الرد بعد إبداء الدفوع أو الدفاع في الدعوى . وتطبيقاً لذلك حكم " إذا كان طالب الرد قد قرر في طلبه رد رئيس وعضوي الدائرة تأسيساً على أن مسلك الدائرة أثناء الدعوى ينم عن عدم الحيطة بين الخصوم وقد ظهر ذلك واضحاً من تصرفاتها بما يدل على أنها قد كونت رأياً مسبقاً في الدعوى لصالح خصم طالب الرد وأتاحت لهذا الخصم أن يبدي ما شاء من دفاع بينما صادرت على حق الطالب في الطعن بالتزوير وبذلك تكون قد أفصحت عن رأيها وعاونت الخصم في تحضير دفاعه بل وتبرعت له بتقديم المستند الذي كان يفتقده، وكان قد ثبت أن طالب الرد قد اعترف أن هذا الرأي الذي تكون لدى المحكمة واضح له منذ صدور حكمها التمهيدي في ٢٥-٣-١٩٧٩ ورغم علم طالب الرد بهذا السبب الذي قال أنه موجب للرد فإنه لم يتخذ إجراءات هذا الرد إلا في ١٨-٤-١٩٨١ بعد أن كان قد قدم دفاعه ودفعه في الموضوع ومن ثم فإن المحكمة تقضي بسقوط حق طالب الرد ومصادرة الكفالة وتفرغه مبلغ ثلاثمائة جنيه والزامه بالمصاريف " . القضية رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٨١ مدني كلي جنوب القاهرة جلسة ٢٩ يونية ١٩٨١ غير منشور أشار إليه د. علي عوض ص ١٢٣ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

المحكمة إجابته إلى ذلك والحكم بإثبات هذا التنازل ومصادرة الكفالة، فلا تملك المحكمة الحكم بالغرامة وفقاً لصريح نص المادة ١٥٩ مرافعات.

وأمام هذا الوضع ازدادت طلبات الرد ولأسباب غير جدية فما على الخصم -وغالباً ما يكون المدعى عليه- الذي لم تستجب المحكمة لطلباته إلا أن يطلب رد أحد قضاتها وفقاً لنص المادة ١٤٨-٤ من قانون المرافعات، ولم لا يفعل ذلك مادام بإمكانه في نهاية المطاف أن يتنازل -وفقاً لنص المادة ١٥٩- ولا بأس من أن تصدر قيمة الكفالة وهي تافهة بطبيعة الحال مادام هذا الطريق يمكنه من عرقلة سير الخصومة، وهكذا أصبح التنازل عن طلب الرد من أفضل الخيارات أمام الخصم سيء النية. وفي جميع الأحوال لا تستطيع المحكمة إلا أن تثبت التنازل وتقضي بمصادرة الكفالة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض "بأنه متى تنازل طالب الرد عن طلبه فإنه يتعين على المحكمة أن تجيبه إلى ذلك ولا يجوز في هذه الحالة الحكم عليه بالغرامة"<sup>(١)</sup>. لأن التنازل عن طلب الرد شأنه شأن أي طلب آخر لصاحبه التمسك به أو التنازل عنه"<sup>(٢)</sup>، ولو أمام محكمة ثاني درجة"<sup>(٣)</sup> ولا يحول دون ذلك مانصت عليه المادة ١/١٤٢ من قانون المرافعات من أن الترك لا يتم بعد إبداء المدعى طلباته إلا

(١) جلسة ٢٨ يونيو ١٩٧٨ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٦ق.

(٢) نقض مدني جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ق. أشار إليه أ.د. أحمد أبو الرفا، التعليق على قانون المرافعات ص ٦٥٣.

(٣) نقض مدني جلسة ٢٤ يونيو ١٩٨٢ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٩ق. أشار إليه المستشار : عز الدين الدناصري والأستاذ حامد عكاز في ملحق التعليق على قانون المرافعات ١٩٨٢ ص ٣٠٢.

بقبوله، لأن القاضي ليس طرفاً ذا مصلحة شخصية في الخصومة<sup>(١)</sup>، وفي جميع الأحوال فإنه ليس أمام المحكمة في حالة تنازل طالب الرد عن طلبه -بعد تحقق المقصود منه وهو إطالة أمد الخصومة فضلاً عن التشهير برجال القضاة والاساءة إليهم- سوى مصادرة الكفالة وهي تافهة بطبيعة الحال.

في المقابل ذهب رأي<sup>(٢)</sup> في الفقه -ويحق- إلى القول بأن دعوى الرد ليست من الدعاوي التي يجوز لرافعها أن يتنازل عنها في أية حالة تكون عليها بل هي من نوع خاص، وهي شبيهة بالدعوى العمومية، فإذا مارفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضي المطلوب رده، ومن ثم يتعين السير في إجراءاتها والفصل فيها ولو قرر المدعي التنازل عنها- بل ولو قبل القاضي المطلوب رده هذا التنازل لأنه لا يعد خصماً في الدعوى -وذلك لأن المصلحة العامة تقتضي الحكم في موضوعها صيانة للقضاء من الريب والشبهات وحرصاً على دوام احترامه، فضلاً عن أن الحكم فيها يبعد القاضي عن الشك به.

وهكذا لم تنجح التعديلات التي قررها القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ في صد الخصوم عن اساءة استعمال حق الرد -وفقاً لفلسفته المعلنة وقت صدوره- بل العكس هو الذي حدث فازدادت طلبات الرد نظراً لتفاهة الجزاء، فقد ثبت من الواقع أمام

(١) نقض مدني جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ مجموعة النقض س ٢٩ ص ٤٩٦.

(٢) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ص ٦٥٣، وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الزقاريق الابتدائية بأن "دعوى رد القاضي عن نظر قضية ليست من الدعاوي المدنية التي يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها في أية حالة كانت عليها، بل هي دعوى من نوع خاص وذات إجراءات خاصة وهي شبيهة بالدعوى العمومية، فإذا ما رفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضي المطلوب رده، ومن ثم يتعين السير في إجراءاتها والفصل فيها حتى ولو قرر طالب الرد بتنازله عنها. جلسة ١٢ يونيو ١٩٤٩ مجلة المحاماة س ٣١ ص ٦٠١.



## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

المحاكم أن أغلب طلبات الرد التي قدمت أمام المحاكم كانت غير جدية ولم يقصد منها سوى تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية والدليل على ذلك هو قيام طالب الرد بعد ذلك- أي في جلسة المرافعة في قضية الرد- بالتنازل عن طلبه، ولما لا يتنازل مادامت المحكمة التي تنظر طلب الرد لاتستطيع سوى اثبات هذا التنازل حيث لاملح للبحث في سبب الرد<sup>(١)</sup> وليس أمامها سوى الحكم بمصادرة الكفالة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن " الحكم بالغرامة - وفقاً لنص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات- يكون عندما تفصل المحكمة في طلب الرد بالرفض أما إذا كان قضاؤها إثباتاً لتنازل طالب الرد عن طلبه- أياً كان وجه الرأي في جواز قبول التنازل عن طلبات الرد - فلا محل للحكم بالغرامة، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون"<sup>(٢)</sup>.

### **المرحلة الثانية : تعديل النصوص الخاصة برد القاضى وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ :**

اتضح لنا مما تقدم بأن الذي شجع الخصوم على الإسراف في طلبات الرد يرجع إلى تفاهة الجزاء الذي قرره المشرع سواء في حالة رفض طلب الرد أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه أو التنازل عنه . إن هذا الجزاء كان إلى التدليل أقرب منه إلى الردع، لذلك تدخل المشرع مرة أخرى وعدّل من النصوص المتعلقة بالرد بموجب

(١) محكمة جنوب القاهرة الكلية، جلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٨٥، القضية رقم ٧٥٦٥ لسنة ١٩٨٥ . غير منشور، أشار

إليه د . علي عوض ، مرجع سابق ص ١٢٧ .

(٢) نقض مدني جلسة ٢٨ يونية ١٩٧٨ الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤١ ق مجموعة النقض س ٢٩ ص ١٥٨٥ .

القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . ولكنه سار على نفس السياسة التي انتهجها من قبل في القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ -رغم عدم فعاليتها- فرفع من قيمة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى، كما أضاف إلى نص المادة ١٥٩ حالة طال انتظار قيام المشرع بها وهي حالة تنازل طالب الرد عن طلبه .

وقد جاء نص المادة ١٥٩ في ثوبه الجديد على النحو الآتي " تحكم المحكمة عند رفض الرد، أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله، أو إثبات التنازل عنه على طالب الرد بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه ومصادرة الكفالة، وفي حالة ما إذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ فعندئذ يجوز إبلاغ الغرامة إلى ألف وخمسمائة جنيه . وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضية المطلوب ردهم . ويعفى طالب الرد من الغرامة في حالة التنازل عن الطلب في الجلسة الأولى، أو إذا كان التنازل بسبب تنحي القاضي المطلوب رده، أو نقله، أو انتهاء خدمته".

#### ملاحظتان على نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات :

ولنا على هذا النص ملاحظتان تتمثل الأولى في أن المشرع قد رفع الحد الأدنى من الغرامة ليصبح مائة جنيه بدلاً من عشرين ورفع الحد الأقصى ليصبح ألفاً بدلاً من مائة جنيه، كما يجوز إبلاغ الغرامة إلى ألف وخمسمائة جنيه متى كان طلب الرد مؤسساً على الفقرة الرابعة من نص المادة ١٤٨ مرافعات، ويجب على المحكمة في جميع الأحوال التي تحكم فيها على طالب الرد بالغرامة أن تقرن هذا الحكم بمصادرة الكفالة والتي أصبحت -وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- مائتي

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

وخمسين جنيهاً بعد أن كانت خمسة وعشرين وفقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ .  
ولاشك فى أن المشرع المصري قد خطى خطوة كبيرة، وبعبارة أدق، غير مسبوقه من قبل حيث رفع قيمة الغرامة على نحو يكاد يشعر طالبي الرد بأن كل إجراء يجب أن يكون محكوماً بغايته وإن مازاد عن الحد يجب أن ينقلب إلى الضد، فإذا كان لكل طرف فى الدعوى الحق فى طلب رد القاضى إلا أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً من كل قيد بل يجب أن يكون محكوماً بالغاية التى شرع من أجلها وهى جعل المتقاضى يطمئن إلى عدم ميل القاضى اطمئناناً خالصاً من كل شائبة .

وهكذا وحد المشرع فى قيمة الغرامة التى يجب الحكم بها على طالب الرد فى حال عدم قبول طلب الرد أو رفضه أو سقوطه أو التنازل عنه، كما وحد من قيمة الكفالة التى يجب دفعها عند التقرير بالرد، علاوة على أنه قد فرض رسماً ثابتاً مقداره مائة جنيه على كل طلب رد<sup>(١)</sup> .

ولكن يثور التساؤل هل أدت سياسة المشرع هذه إلى إيقاف طلبات الرد أو على الأقل الحد منها ؟

يبدو لنا أن سياسة المشرع المتمثلة فى تشديد الجزاء من خلال رفع قيمة الغرامة التى توقع على طالب الرد من وقت إلى آخر لم ولن توقف طلبات الرد غير الجدية، وبعبارة أخرى إن هذه السياسة غير كافية للردع لأن قيمة الغرامة لاتتناسب -فى أغلب الأحوال- مع قيمة الدعوى الأصلية التى أوقفها سلاح الرد، فليس من

(١) الفقرة الأخيرة من المادة ٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ والخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية، وقد أضيفت هذه الفقرة وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

المقبول أن يتمكن المدعى عليه الماثل من إيقاف الفصل في القضية بقوة القانون ولو كانت قيمتها تقدر بملايين الجنيهات، ولا يضيره في نهاية المطاف أن يدفع -رغم كذب ادعائه- مبلغاً لا يتجاوز الألف جنيه كجزء على عدم قبول طلب الرد أو رفضه أو سقوطه أو التنازل عنه، مادام في النهاية قد حقق هدفه وعرقل سير الدعوى وأعنت خصمه على نحو يجعل وصول الحق إلى صاحبه صعب المنال.

من ناحية أخرى فإن القاضي المطلوب رده لا يلجأ -في أغلب الأحوال- إلى ملاحقة الخصم الذي طلب رده عن الدعوى بعد ثبوت كيدية طلب الرد، وذلك لأن القاضي -وفقاً لقضاء محكمة النقض- ليس خصماً ذا مصلحة شخصية في طلب الرد<sup>(١)</sup>. ولا شك في أن وجود هذا التصور مسبقاً في ذهن الخصم سوف يجعله لا يبالي في طلب الرد مادام يمكنه في أغلب الأحوال التنصل من المسؤولية في مواجهة القاضي الذي طلب رده. أما القاضي المطلوب رده أو المجني عليه فإنه يحجم عن إقامة دعوى بالتعويض على الخصم بعد تنازله عن طلب الرد حتى لا يشغل نفسه بقضايا جانبية تشغله عن أداء وظيفته الأصلية وهي تحقيق العدالة<sup>(٢)</sup>.

(١) جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ ق مذكور من قبل .

(٢) ولكن هذا لا يعني أنه لا يجوز للقاضي المطلوب رده ملاحقة طالب الرد الذي رفض طلبه أمام القضاء لمطالبته بالتعويض -ولو كان رمزياً- عن الضرر الأدبي الذي لحق به نتيجة لطلب الرد مستنداً في ذلك إلى قواعد المسؤولية من وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنوب القاهرة الكلية " بأنه إذا كان طالب الرد قد نسب إلى الدائرة ( الرئيس والعضوين ) ما يتناول سمعتهم كقضاة ويؤثر فيها ويطعن في حيدتهم وهي الصفة اللازمة في القاضي بحيث يعتبر الزعم بعدم توافرها من قبيل ابداء السمعة وافقاد القاضي الصفة الأساسية التي يتطلبها القانون والناس فإن ذلك يشكل ضرراً أدبياً بالدائرة وكانت هناك علاقة سببية بين الضرر وخطأ طالب الرد ومن ثم فإن المحكمة تقدر للسادة رئيس وعضوي الدائرة مبلغ ثلاثين ألف جنيه والمصروفات وعشرة جنيهات مقابل أتعاب المحاماة . القضية رقم ٣٥٦٩ لسنة ١٩٨٢ ، غير منشور، أشار إليه : علي عوض، مرجع سابق ص ١٣٩ .

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

فلو انشغل كل قاضي يطلب رده برفع دعوى على طالب الرد لترتب على ذلك زوال صلاحية القاضي للحكم في الدعوى بل يجب عليه أن يتنحى عن نظرها<sup>(١)</sup> ، وينشغل عن وظيفته الأساسية ليلحق طالب الرد أمام القضاء وقد يمتد النزاع فلا يتوقف عند أول درجة وإنما قد يطرح أمام محكمتي الاستئناف والنقض .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض برفض الطعن في قضية تتلخص وقائعها في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٩٩٢ سنة ١٩٦٥ مدني كلي القاهرة على الشركة الطاعنة طالباً الحكم بالزامها بأن تدفع له مبلغ خمسة آلاف جنيه وقال شراحاً لدعواه أن الشركة الطاعنة قررت رده بصفته رئيس المحكمة التي كانت تنظر الدعوى رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٦٣ عمال كلي المرفوعة من المدعي الأستاذ . . ضد الشركة الطاعنة، وأنه بتاريخ ٢١-٦-١٩٦٤ حكم برفض طلب الرد وإلزام الشركة الطاعنة بالمصروفات وتغريمها مائة جنيه، وانتهى المطعون ضده إلى أن الشركة لم تستأنف هذا الحكم فأصبح نهائياً، لذلك أقام دعواه بطلب المبلغ سالف الإشارة إليه لتعويض ما أصابه من ضرر أدبي، وبتاريخ ٢٩/٦/١٩٦٥ حكمت المحكمة الابتدائية بالزام الشركة الطاعنة بأن تدفع إلى المطعون ضده قرشاً واحداً كتعويض رمزي لما أصابه من ضرر . استأنف المطعون ضده هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة والتي حكمت بتعديل الحكم المستأنف وإلزام الشركة بأن تدفع إلى المطعون ضده مبلغ ألف جنيه . لكن الشركة طعنت في هذا الحكم أمام محكمة النقض غير

(١) فالمادة ١٦٥ من قانون المرافعات تنص على أنه " إذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص زالت صلاحيته للحكم في الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عنها" .

أن الأخيرة رفضت هذا الطعن<sup>(١)</sup>.

ولاشك في أن القاضي له العذر في ملاحقة الخصم الذي طلب رده فرغم أنه ما كان يرغب في سلوك مثل هذا الطريق إلى نهايته ولكنه دفع إليه بسبب ضعف وعدم تناسب الجزاء الذي يقرره المشرع على طالب الرد في حالة رفض طلبه أو عدم قبوله أو التنازل عنه.

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي قد رفع من قيمة الغرامة التي يحكم بها على طالب الرد في حالة رفض طلبه إلى عشرة آلاف فرنك دون الإخلال بالمطالبة بالتعويضات متى كان لها مقتضى<sup>(٢)</sup>.

أما الملاحظة الثانية على نص المادة ١٥٩ مرافعات : معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- فهي تتعلق بحالة تنازل طالب الرد عن طلبه، ومسألة التنازل لها مع المشرع تاريخاً طويلاً، ففي ظل القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لم يكن هناك جزاء من أي نوع يوقع على طالب الرد متى تنازل عن هذا الطلب<sup>(٣)</sup>. أما القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ فقد قرر بوجوب مصادرة الكفالة عند تنازل طالب الرد

(١) نقض مدني جلسة ٨ إبريل ١٩٧٢ مجموعة النقض ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٦٧٠.

(٢) وقد جاء نص المادة ٣٥٣ من قانون المرافعات الفرنسي كما يلي:

"Si la récusation est rejetée, son auteur peut être condamné a une amendé civile de 100 à 10.000 F sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être réclamés".

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لا محل للقضاء بمصادرة الكفالة لأن الطاعن قرر الرد في

١٩٧٣/٥/١٩ أي قبل صدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ الذي قرر مصادرة الكفالة عند التنازل عن طلب الرد "

جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤٤.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

عن طلبه دون الحكم بالغرامة<sup>(١)</sup> . وأخيراً فرض المشرع ولأول مرة عقوبة الغرامة فضلاً عن مصادرة الكفالة كجزاء يوقع على طالب الرد متى تنازل عن طلبه فأوجب على المحكمة -وفقاً لنص المادة ١٥٩ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- الحكم على طالب الرد بغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن ألف جنيه ومصادرة الكفالة، وهكذا شدد المشرع الجزاء الذي يوقع على طالب الرد الذي يتنازل عن طلبه فجعله الغرامة ومصادرة الكفالة<sup>(٢)</sup> ؛ وذلك لأنه ثبت في الواقع أمام المحاكم أن بعض الخصوم بعد أن يصلوا إلى غرضهم في تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية بطلب الرد يعمدون إلى التنازل عن الطلب بعد ذلك<sup>(٣)</sup> .

وإذا كان المشرع قد أوجب الحكم على طالب الرد بالغرامة متى تنازل عن طلبه، إلا أنه خرج على هذا الحكم في الفقرة الأخيرة من نص المادة ١٥٩ مرافعات والتي تقرر إعفاء طالب الرد من الغرامة في حالة تنازله عن الطلب في الجلسة الأولى، أو إذا كان التنازل بسبب تنحي القاضي المطلوب رده أو نقله أو انتهاء

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض " أن المستفاد من نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات أن الحكم بالغرامة يكون عندما تفصل المحكمة في طلب الرد با لرفض، أما إذا كان قضاؤها إثباتاً لتنازل طالب الرد عن طلبه فلا محل للحكم بالغرامة، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون " جلسة ٨ يونيه ١٩٧٨ الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ١٤ مجموعة النقض س ٢٩ ص ١٥٨٥ . ولعله من الغريب هنا أن نلاحظ أن قيمة الكفالة التي يحكم بمصادرتها هي خمسة وعشرين جنيهاً فهل تتناسب هذه الضمانة مع التشهير بسمعة القاضي وإلصاق التهم الباطلة به من غير ذنب .

(٢) شأنه في ذلك شأن الجزاء الذي يوقع على طالب الرد الذي رفض طلبه أو سقط الحق فيه أو قضى بعدم قبوله . راجع المادة ١٥٩ مرافعات .

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢ .

خدمته .

وفي ضوء نص المادة ١٥٩ يمكن أن نلاحظ فيما يتعلق بالتنازل عن طلب الرد، أن المشرع كان حاسماً في الفقرة الأولى لكنه سرعان ماتخلى عن هذا الحسم في الفقرة الثانية، وبعبارة أخرى فإن ما أعطاه المشرع باليمين قد سحبه باليسار، حيث يكون لمن يرغب في عرقلة سير الدعوى الأصلية أن يطلب رد القاضي ويتخذ الإجراءات اللازمة لذلك، فإذا ماتحقق غرضه وهو وقف الدعوى الأصلية بقوة القانون، سارع طالب الرد بالتنازل في الجلسة الأولى المحددة لنظر طلبه، وعندئذ لايجوز للمحكمة -وفقاً للفقرة الثانية من نص المادة ١٥٩ مرافعات- أن تحكم عليه بالغرامة وليس أمامها سوى الحكم بمصادرة الكفالة، بل وأكثر من هذا فإن طالب الرد -وغالباً مايكون المدعى عليه- إذا مارغب في إعانات خصمه فإنه لايتنازل عن طلب الرد في الجلسة الأولى وإنما يرجى تنازله إلى ماقبل حجز دعوى الرد للحكم فيها، ولايضيره بعد ذلك من دفع غرامة تافهة مقارنة بقيمة الدعوى المرفوعة عليه والتي قد تكون قيمتها بالملايين.

وهكذا يتيح نص المادة ١٥٩ مرافعات للخصم سيء النية التلاعب بالقضية فيوقفها نكاية بخصمه في أي وقت يشاء، كما يتلاعب بسمعة القاضي المطلوب رده بقصد اقصائه عن نظر الدعوى لأسباب أقل مايقال عنها أنها أسباب واهية لاجود لها إلا في ذهن طالب الرد، نعم يتلاعب الخصوم باسم القانون وباستخدام أحد أدواته لعدم وجود جزاء رادع يجبرهم على السير في الخصومة بحسن نية.



## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

في المقابل نجد أن الأنظمة القانونية الحديثة قد عالجت مثل هذه الحالة على نحو يجعل الخصم المماطل يفكر كثيراً قبل استخدام سلاح الرد بقصد عرقلة سير الدعوى، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة يتعين السير في إجراءات طلب الرد والفصل فيه ولو قرر رافعه التنازل عنه<sup>(١)</sup>. ويشترط في الولايات المتحدة الأمريكية أن يقوم طالب الرد أو المخاصمة بحلف اليمين على صدقه وعلى صحة المزاعم أو التهم التي ينسبها إلى القاضي المدعى عليه، وعلى سلامة الأسباب التي يستند إليها من أجل تنحي القاضي المطلوب رده أو مخاصمته بحيث أنه إذا اتضح بعد ذلك كذب طالب الرد وكيدية مزاعمه وجهت إليه تهمة البلاغ الكاذب وشهادة الزور وإزعاج السلطات، وتوقع عليه العقوبات الجنائية الرادعة بالإضافة إلى الغرامة المالية المناسبة<sup>(٢)</sup>.

وفي الجمهورية العربية اليمنية تنص المادة ٩٢ من قانون المرافعات الشرعي على أنه " إذا طالب أحد الخصوم منع القاضي من نظر الدعوى ولم يثبت السبب حكم عليه بغرامة مالية لا تنقص عن مائة ريال ولا تتجاوز عن خمسمائة ريال أو بسجن لا ينقص عن ثلاثة أيام ولا يتجاوز عشرة أيام".

وحسناً فعل المشرع اليمني إذ قرر عقوبة الحبس كجزاء يوقع على طالب المنع الذي لم يثبت سبب هذا المنع، ولا شك في أن عقوبة الحبس أكثر ردة من عقوبة الغرامة في مواجهة الخصوم الذين لا هدف لهم من طلبات المنع إلا إطالة أمد

(١) المادة ٥/١١٩ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢.

(٢) د. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ص ٣٢، وما بعدها.

الخصومة أكبر وقت ممكن<sup>(١)</sup> .

لذلك وترتيباً على ماتقدم فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يعدل من نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات ليصبح على النحو الآتي : " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد، أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه، على طالب الرد بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه أو بالحبس الذي لا يقل عن أسبوع ولا يزيد عن شهر، أما إذا كان طلب الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ فيجب على المحكمة أن تقضي بالغرامة والحبس معاً".

#### المبحث الرابع

##### إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في الادعاء بالتزوير

##### تأهيد :

تمكيناً للخصوم من إبداء دفاعهم أمام القضاء على أكمل وجه، فإنه يكون لكل ذي مصلحة منهم الحق في الطعن أو الادعاء بالتزوير Linscrition de

(١) ويلاحظ أن عقوبة الغرامة أو الحبس المنصوص عليهما في المادة ٩٢ من قانون المرافعات اليمني لا توقعان إلا في حالة الحكم برفض طلب المنع، وهذا يعني أنه لا يحكم بعقوبة الغرامة أو الحبس إذا حكم بعدم المنع لسقوط الحق فيه أو للتنازل عنه . د . ابراهيم محمد الشرفي . رد القاضي عن نظر الخصومة في الشريعة الإسلامية مع التطبيق على قانون المرافعات الشرعي في اليمن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص ٥٨٦ .

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

Faux<sup>(١)</sup> في أي محرر<sup>(٢)</sup> مطروح في نزاع قائم أمام المحكمة، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع<sup>(٣)</sup>، يستوي إن كانت هي محكمة أول درجة<sup>(٤)</sup>، أو محكمة ثاني درجة<sup>(٥)</sup>. فقيام الخصومة أمام محكمة الاستئناف ما هو

(١) والادعاء بالتزوير أو دعوى التزوير الفرعية Raux civile incident. هي مجموعة الاجراءات التي نص عليها القانون لاثبات عدم صحة الأوراق، يستوي إن كانت هذه الأوراق رسمية أم عرقية، ويعد الطعن بالتزوير على هذا النحو وسيلة دفاع يقصد به مقدمه اجتناء منفعة ومصلحة في رد دعوى الخصم. نقض مدني، جلسة ١١ يناير ١٩٧٨ مجموعة النقض س ٢٩ ص ١٦٢. وقد عالج قانون الاثبات الادعاء بالتزوير في المواد من ٤٩-٥٨ منه.

(٢) ويجوز للخصم الطعن بالتزوير في المحرر ولو كان هو الذي قدمه إذا تبين له فساد أو العبث به ورأى من مصلحته اثبات هذا التزوير ليحول بين خصمه والاستفادة منه. محكمة اللبان الجزئية، جلسة ٢٥ ابريل ١٩٢٣ مجلة المحاماة س ٤ ص ٦٧٣. راجع أيضاً : المستشار : عز الدين الدناصوري والأستاذ : حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات، الطبعة السابعة ص ٢٣٥ كما يكون للخصم أن يدعي بالتزوير في ورقة مقدمة في الخصومة ولو أنها صادرة من شخص آخر مادام أن خصمه في الدعوى يتمسك بها ومادام أن الورقة ذات أثر قانوني ظاهر بالنسبة لحق الطاعن. استئناف طنطا جلسة ٢٦ يونية ١٩٢٦ مجلة المحاماة س ٩ ص ١١١٤.

(٣) بشرط أن يتم الطعن بالتزوير قبل إغلاق باب المرافعة، فطلب الطعن بالتزوير لا يقبل إذا قدم بعد إغلاق باب المرافعة اللهم إلا إذا رأت المحكمة من ظروف الدعوى أن الطلب جدي لا يقصد به الماطلة وظهر لها من وجاهته ما يسوغ فتح باب المرافعة من جديد، وتقدير جدية الطلب وعدم جديته بناء على ما يظهر للمحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها أمر موضوعي لا شأن لمحكمة النقض به. نقض مدني، جلسة ١ يونية ١٩٣٣ مجلة المحاماة س ١٤ ص ٢٩ و جلسة ٩ ابريل ١٩٥٣ مجموعة النقض س ٤ ص ٨٥٤. ومع ذلك قارن : بني سريف استئنافي جلسة ٢٩ سبتمبر ١٩١٩ مجلة المحاماة س ٤ ص ٣٩٤.

(٤) ولكن لا يجوز الطعن بالتزوير أمام القضاء المستعجل، وذلك لأن الفصل في دعوى التزوير الفرعية يقتضي الحكم بصحة السند أو بطلانه وهو قضاء في أصل الحق يخرج عن ولاية القضاء المستعجل. نقض مدني جلسة ١٤ ديسمبر ١٩٨٢ مجموعة النقض س ٣٣ ص ١١٥٣. أما إذا تبين للقاضي المستعجل من ظاهر المستندات عدم جدية الطعن بالتزوير وأن الهدف منه هو إخراج المنازعة من اختصاصه أو عرقلة الفصل في الدعوى فإنه يطرحه جانباً ولا يعول عليه ويقضي في الاجراء المطلوب منه حسبما يستبين له من ظاهر الأوراق. المستشار : مصطفى مجدي هرجة، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٩ الجزء الأول ص ٣١١.

(٥) استئناف طنطا جلسة ٣١ ديسمبر ١٩٢٩ مجلة المحاماة س ١٠ ص ٤٧٢.

إلا حالة من الحالات التي تكون عليها الدعوى، وليس في ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي؛ لأن مسألة التزوير ليست إلا دفعا موضوعياً منصبا على مستندات الدعوى وليست من قبيل الطلبات الجديدة التي يمتنع تقديمها لأول مرة في الاستئناف<sup>(١)</sup>.

ويجوز الادعاء بالتزوير لأول مرة أمام محكمة النقض، بشرط أن يكون وارداً على أوراق مقدمة لأول مرة أمام تلك المحكمة<sup>(٢)</sup>. ولكن لا يقبل الادعاء بالتزوير أثناء النظر في دعوى التماس إعادة النظر<sup>(٣)</sup>. وسوف نتعرض في هذا المبحث لأربعة موضوعات، نخصص الأول منها لشروط الطعن بالتزوير، أما الثاني فتعرف

(١) نقض مدني، جلسة ٦ نوفمبر ١٩٤٧ ورد في مجموعة عمر الجزء الخامس ص ٤٧٥ قاعدة رقم ٢٢٧.

(٢) د. عبدالوهاب عشموي، إجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٥ ص ٦٧ هامش ٥٥. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كان الأصل عدم جواز الادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض على الأوراق والمستندات التي كانت مطروحة أمام محكمة الموضوع ولو لم يكن قد طعن فيها بالتزوير أمامها، باعتباره سبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض، إلا أنه استثناء من هذا الأصل، إذا بنى الطعن على وقوع بطلان جوهري في الحكم المطعون فيه مرده وقوع تزوير في محضر جلسة المرافعة المحتامية المتضمن اثبات حيز الدعوى للحكم وتحديد الأجل المصرح للخصوم خلاله بتقديم مذكرات الدفاع، وكان قد ترتب على هذا التزوير إخلال محكمة الاستئناف بحث دفاع أحد الخصوم، فإنه لهذا الخصم الذي تعذر عليه اكتشاف التزوير قبل صدور الحكم المطعون فيه أن يسلك طريق الادعاء بالتزوير المنصوص عليه بالمواد من ٤٩ إلى ٥٨ من قانون الاثبات أمام محكمة النقض. جلسة ١١ يناير ١٩٩٠ الطعن رقم ٥٤٤ سنة ٥٤ ق ورد في الدناصري وعكاز، التعليق على قانون الاثبات الطبعة السابعة ص ٢٤٦، ٢٤٧.

(٣) استئناف جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ص ٩٠٦. وذلك لأن دعوى التزوير الفرعية عبارة عن دفع من الدفع في الدعوى الأصلية فلا يمكن التمسك بها إلا إذا كانت الدعوى الأصلية قائمة فإذا انتهت بالحكم فيها فلا تقبل. د. عبدالحمد أبوهيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ١٩٢١ بند ٨٧٢ ص ٩١٩ هامش ٢.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

فيه على أسباب إساءة المدعى عليه لحقه في الادعاء بالتزوير، ونظراً لأن المشرع لم يوجب الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير سوى في حالتين هما سقوط الادعاء بالتزوير ورفضه فقد خصصنا الموضوع الثالث للتحقق من إمكانية الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير في حالة تنازله عن هذا الادعاء، وأخيراً سوف ندلي بوجهة نظرنا في الموضوع.

### شروط الطعن بالتزوير :

يشترط لقبول الطعن بالتزوير توافر ثلاثة شروط نردها بإيجاز فيما يلي :

#### الشرط الأول : عدم انقضاء الخصومة الأصلية :

يشترط لقبول دعوى التزوير الفرعية أن تكون الدعوى الأصلية المدعى خلالها بالتزوير قائمة؛ وذلك لأن دعوى التزوير ليست دعوى مستقلة بل هي مرتبطة بالدعوى الأصلية وليست إلا طريقاً من طرق الدفاع فيها<sup>(١)</sup> . وهي على هذا النحو تتبع الدعوى الأصلية وجوداً وعدماً ، كما تتبعها في الاختصاص وفي الاستئناف أيضاً، فإذا رفعت دعوى التزوير الفرعية أثناء النظر في الدعوى الأصلية كان الحكم الصادر فيها ابتدائياً، وإذا رفعت أثناء النظر في الدعوى الأصلية استئنافياً كان الحكم الصادر فيها نهائياً<sup>(٢)</sup> .

وفي جميع الأحوال فإنه لايجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى التزوير

(١) استئناف مصر، جلسة ٢٥ مارس ١٩٢٩ مجلة المحاماة س٩ ص٨٤٧ .

(٢) استئناف جلسة ٢٥ مارس ١٩٢٩ المرجع والاشارة السابقة وفي نفس المعنى : استئناف مصر، جلسة ١٣ ديسمبر

١٩٣٤ مجلة المحاماة، س١٥، ص٥٨٥ .

الفرعية قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية، فلو صدر حكم في الاستئناف برفض الادعاء بالتزوير مع تغريم الطاعن بالغرامة القانونية فإنه لايجوز الطعن فيه بطريق النقض إلا مع الطعن في الحكم الصادر في موضوع الدعوى<sup>(١)</sup> .

أما إذا قضي في موضوع الدعوى الأصلية بحكم حاز قوة الشيء المقضي به، فالمحكوم عليه لا يملك الركون للادعاء بالتزوير بطريقة فرعية لاثبات تزوير المحرر الذي بنى عليه الحكم، وإنما يكون له إثبات ذلك بالسير في دعوى التزوير الجنائية أو بإقامة دعوى تزوير أصلية<sup>(٢)</sup> .

#### الشرط الثاني : الادعاء بالتزوير:

على من يرغب من الخصوم الادعاء بالتزوير أن يسلك الطريق الذي رسمه القانون لذلك -أي التقرير به في قلم كتاب المحكمة ، المنظورة أمامها الدعوى<sup>(٣)</sup> ، مع بيان شواهد التزوير ومواضعه<sup>(٤)</sup> ، بصورة واضحة لاغموض فيها<sup>(٥)</sup> ؛ فلا يكفي أن

(١) نقض مدني جلسة ١٧ أكتوبر ١٩٧٩ الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٤٥ ق. وجلسة ٢٨ يولية ١٩٧٦ مجموعة النقض س٢٧ ص١٤٣٢. ويعد ذلك تطبيقاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات.

(٢) د. عبدالوهاب العشماوي، إجراءات الاثبات، بند ٤٤ ص٧٠.

(٣) والحكمة من هذا التقرير هي حمل الطاعن على التروي في الأمر من جهة ومن جهة أخرى لكي يتمكن قلم الكتاب من معرفة أوصاف المحرر واتخاذ اللازم للمحافظة عليه. د. عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير في المواد المدنية والجنائية ١٩٩٣ بند ٤٤ ص٤١.

(٤) المادة ٤٩ من قانون الاثبات. وشواهد التزوير هي الرقائع والظروف والقرائن والامارات التي يستند إليها المدعى وتشهد على تزوير المحرر، وكذلك بيان وسائل الاثبات المختلفة وإجراءات التحقيق التي يمكن اتباعها لاثبات التزوير.

محمد وعبدالوهاب العشماوي قواعد المرافعات بند ٩٤٩ ص٥٢١.

(٥) نقض مدني، جلسة ١١ ابريل ١٩٣٥ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤٤ ق.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

يلوِّح الخصم برغبته فى اتخاذ إجراءات الطعن بالتزوير<sup>(١)</sup>؛ كما لو طلب من المحكمة تأخير الفصل فى الدعوى ليتمكن من الادعاء بتزوير ورقة رفعت الدعوى بناء عليها أو طلب إعادة الدعوى إلى المرافعة لاتاحة الفرصة له بذلك، ولكنه لم يفعل فى الحالتين لأنه لا يبغي إلا المماطلة وكسب الوقت<sup>(٢)</sup>.

ولا يكفي للادعاء بالتزوير مجرد قول الخصم أمام المحكمة بأن المستند المقدم فى الدعوى مزور، ولو اشتمل دفاعه على الاحتفاظ بالحق فى الطعن دون أن يتخذ حياله إجراءات الطعن بالتزوير<sup>(٣)</sup>؛ وإنما العبرة هى باتخاذ طريق الطعن بالتزوير وفقاً لما رسمه القانون فى نص المادة ٤٩ من قانون الإثبات - أى التقرير به فى قلم كتاب المحكمة، فهذا التقرير هو وحده المعول عليه فى بيان المحررات المدعى بتزويرها وفى تحديد مواضع التزوير<sup>(٤)</sup>. ويجب أن تتضمن شواهد التزوير الوقائع والظروف والقرائن وأوجه الثبوت التى يؤيد بها مدعى التزوير ادعاءه وأن يظهر

(١) نقض مدني، جلسة ١١ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٥ مجموعة النقض س ٢٩ ص ١٦٣.

(٢) نقض مدني جلسة ٥ إبريل ١٩٧٨ الطعن ٤١٣، ٤٣٢ لسنة ٤٤ ق.

(٣) نقض مدني جلسة ٢٥ إبريل ١٩٨١ الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٤٧ ق. ورد فى: أحكام ومبادئ النقض فى مائه عام، مركز الأبحاث والدراسات القانونية ١٩٩٥ الجزء الأول ص ٢٥١.

(٤) ويلاحظ أن التقرير فى قلم الكتاب بالطعن بالتزوير هو رخصة قررها المشرع للخصم إن شاء استعملها دونما حاجة إلى الترخيص بذلك من المحكمة. نقض مدني جلسة ٥ مارس ١٩٧٩ الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق. ولا يجوز للمدعى بالتزوير أن يضيف إلى دفاعه أمام المحكمة أو فى مذكرة شواهد التزوير الإدعاء بتزوير أي محرر آخر لم يشملته تقرير الطعن أو إضافة مواضع أخرى فى المحرر غير تلك التى حددها فى التقرير لأن ذلك يعد منه ادعاء بغير الطريق الذى رسمه القانون. نقض مدني جلسة ٤ فبراير ١٩٨٠ الطعن رقم ١٠٤٠ لسنة ٤٧ ق. ومع ذلك يجوز للمدعى بالتزوير أن يضيف قرائن جديدة إلى تلك التى أوردها بمذكرة شواهد التزوير. نقض مدني جلسة ١٠ يونية ١٩٨٢ الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤٨ ق.

استعداده لتقديمها وإقامة الدليل على وجاهتها<sup>(١)</sup> .

### الشرط الثالث : أن تكون للمدعي بالتزوير مصلحة :

من المسلم به قانوناً أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ولما كان الطعن بالتزوير بمثابة دعوى فرعية فإنه يدور وجوداً وعدمياً مع وجود المصلحة منه، فإن لم تكن للمدعي مصلحة في دعوى التزوير وجب الحكم بعدم قبولها<sup>(٢)</sup> ؛ لأن القضاء لا يقبل الفصل فيما يختلف الناس فيه إلا إذا كانت هناك فائدة مرجوة تعود من هذا الخلاف، يستوي بعد ذلك، إن كانت هذه الفائدة مادية أو معنوية<sup>(٣)</sup> . فإذا طعن خصم في ورقة مقدمة من خصمه وكانت الورقة المدعى بتزويرها لا يمكن الاحتجاج بها على الطاعن قانوناً كانت دعوى التزوير نافلة ويتعين عدم قبولها، إذ من العبث تكليف الخصوم باثبات ما لو ثبت بالفعل ما كان منتجاً في موضوع الدعوى<sup>(٤)</sup> .

ولا يعتبر الطعن بالتزوير منتجاً، وبالتالي يتعين عدم قبوله إذا كان غير ذي أثر في موضوع الدعوى<sup>(٥)</sup> ، أو إذا كان المدعى عليه في دعوى التزوير قد صادق مدعى

(١) د . عبدالوهاب العشماوي، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٧٦ وفي نفس المعنى انظر :

Req 4 juil. 1876. D.P. 1877. I. P59

(٢) جرجاً جزني جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٢٦ مجلة المحاماة س٨ ص ٣٩٢ .

(٣) استئناف مصر جلسة ٩ يونية ١٩٣٠ مرجع القضاء ص ٢١٠٣ بند ٨٢٦٠ .

(٤) استئناف مصر جلسة ٢٩ مارس ١٩٢٤ مجلة المحاماة س٤ ص ٧٣٥ . ونقض مدني جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٦٤

مجموعة النقض س١٥ ص ١١٧٩ . وجلسة ١٥ ابريل ١٩٨٠ الطعن رقم ٩٦١ لسنة ٤٤ ق .

(٥) نقض مدني جلسة ١٦ مارس ١٩٦٧ مجموعة النقض س١٨ ص ٦٦٥ . وفي نفس المعنى : استئناف مصر، جلسة

٢٠ فبراير ١٩٠٢، مرجع القضاء ص ٢١١٣ بند ٨٣٠ . نقض مدني جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٣٨ الطعن رقم ٥٢ لسنة ٨ ق .



## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

التزوير على جوهر الواقعة المطلوب إثباتها، أو إذا طعن أحد خصوم الدعوى بالتزوير في ورقة ليس له التوقيع عليها ولا حجية لها قبله بالنسبة لمن قدمها<sup>(١)</sup>.

### **أسباب إساءة المدعى عليه لحقه في الطعن بالتزوير :**

وإذا كان المشرع قد أعطى لكل خصم في الدعوى الحق في الادعاء بالتزوير متى توافرت شروطه؛ إلا أن بعض الخصوم - خاصة المدعى عليهم - قد أساءوا في استخدام هذه الرخصة بقصد عرقلة الفصل في المنازعات المطروحة أمام المحاكم.

فقد ثبت في الواقع أمام المحاكم أن أكثر من ٩٠٪ من حالات الطعن بالتزوير كانت كيدية فلا هدف من ورائها إلا كسب الوقت وإطالة أمد التقاضي وتضليل العدالة<sup>(٢)</sup>. ولم لا يفعل الخصم ذلك مادام القانون يدلله، فالمدعى عليه يتعمد - في أغلب الأحوال - إعنات خصمه والضغط على أعصابه، فما أسهل عليه من الطعن بالتزوير في كل أو بعض المستندات المقدمة من المدعي، نعم يطعن فيها رغم علمه بأنها صحيحة، ومما يؤسف له حقاً أن القانون هو الذي ييسر للخصم سلوك مثل هذا الطريق، وسوف نبين ذلك فيما يلي :

إن المادة ٤٩ من قانون الإثبات تعطي الحق في أن يطعن بالتزوير في أي مستند مقدم في الدعوى منذ بدئها وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، وهذا يعني أنه بإمكان المدعى عليه أن يسلك هذا الطريق ولو كانت الدعوى مهياًة للفصل فيها،

(١) نقض مدني جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٣٨ الطعن رقم ٥٢ لسنة ٨ ق ورد في أحكام ومبادئ النقض في مائة عام.

مرجع سابق، ص ٣٥٨.

(٢) د - محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ص ٢٣.

فلماذا لا يعنت خصمه ويسيء إلى سمعته، مادام الحكم في النهاية سيكون في غير مصلحته. فمتى طعن بالتزوير في أحد المستندات المقدمة في الدعوى تعين وقف سير الدعوى الأصلية حتى يفصل في هذا الادعاء، إذ يجب على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالتزوير قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية، فليس لها أن تفصل فيهما بحكم واحد<sup>(١)</sup>، وذلك حتى لا يحرم الخصم من أن يقدم ماعسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لإثبات ما أراد إثباته بتلك الورقة<sup>(٢)</sup>، لافرق في ذلك بين أن يكون القضاء صادراً بصحة المستند أو بطلانه<sup>(٣)</sup>.

وما أدراك ما الطعن بالتزوير، فقد يطول لعدة سنوات -لا يعلمها إلا الله وحده- ما بين قيام المحكمة باستكتاب كل من الطاعن بالتزوير والمتمسك بالورقة تمهيداً لمضاهاة خطوطهم وتوقيعاتهم وحضور أحدهما وغياب الآخر، ثم إصدار المحكمة حكماً تمهيدياً بنذب خبير لفحص الخطوط<sup>(٤)</sup>، وتقاعس الخصم عمداً عن دفع أتعاب الخبير، ثم إرسال الأوراق إلى الخبير للقيام بالفحص وبقائها في مكتب الخبراء حين إتمام المأمورية، وبعد أن يأتي التقرير إلى المحكمة تؤجل الدعوى لإعلان الخصوم بورود التقرير، فإذا حضر الخصوم طلب المدعى عليه المماطل أجلاً ليتمكن من إبداء

(١) أ. د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٩٨ ص ٥٣٢ وما بعدها.

(٢) نقض مدني جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض س ١٦ ص ١١٠٥.

(٣) د. عبدالوهاب العشماوي، مرجع سابق بند ٥٣ ص ٨٧.

(٤) ويرتب على حكم المحكمة بالتحقيق عملاً بنص المادة ٥٢ من قانون الإثبات، وقف صلاحية المحرر المدعي بتزويره للتنفيذ دون أن يخل ذلك باتخاذ الاجراءات التحفظية بناء على هذا المحرر لاحتمال أن يحكم بصحته " المادة ٥٥ اثبات" والفكرة في ذلك أن المحكمة لا تحكم بالتحقيق إلا إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة المحرر أو تزويره. المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الملغى.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

ملاحظاته على التقرير، وقد يحلو له أن يطلب من المحكمة ندب خبير آخر أو عدة خبراء، ليس هذا فحسب بل يمكنه إحضار تقرير استشاري من خبير على حسابه يؤكد فيه للمحكمة وبأسلوب فني محترف كل مزاعم المدعى بالتزوير.

وفي نهاية المطاف وبعد أن تكون الدعوى قد سلخت أمام القضاء وقتاً طويلاً تأتي النتيجة التي يعلم المدعى بالتزوير أنها آتية لامحالة، وهي الحكم برفض ادعائه بالتزوير وبصحة المستند أو المحرر الذي كان محلاً للطعن. عندئذ لا يكون بوسع المحكمة إلا أن تطبق المادة ٥٦ من قانون الإثبات والتي تنص على أنه "إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتجاوز ألف جنيه ولايحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه"<sup>(١)</sup>.

ويتضح لنا أن هذا النص قد اشتمل على فرضين : تعرض الأول منهما للجزاء الذي أوجب القانون توقيعه على المدعى بالتزوير عند تقرير سقوط حقه في دعواه أو عجزه عن إثباتها. إذ يجب على المحكمة وفقاً لنص المادة ٥٦ أن تقضي بالغرامة التي لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتزيد عن ألف جنيه على المدعى بالتزوير

---

(١) ويلاحظ هنا أن قيمة الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من نص المادة ٥٦ اثبات قد تم رفعها إلى عشرة أمثالها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والمعمول به اعتباراً من ١ أكتوبر ١٩٩٢ " المادة الخامسة من قانون الاصدار". وقد كانت هذه الغرامة في ظل المادة ٥٦ اثبات قبل التعديل لاتقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولاتزيد عن مائة؛ أما في ظل المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ فإنها كانت لاتزيد عن عشرة جنيهاً.

في حالة الحكم بسقوط هذا الادعاء أو برفضه<sup>(١)</sup>، مما يعني عدم جدية الطاعن بالتزوير في طعنه، حيث أنه لا يبغي من ذلك إلا تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية<sup>(٢)</sup>، أما الفرض الثاني الذي ورد في النص هو إعفاء المدعي بالتزوير في حالة ثبوت بعض ما ادعاه<sup>(٣)</sup>. وسوف نقصر دراستنا على الفرض الأول وهو المتعلق بالجزاء الذي يوقع على المدعي بالتزوير وذلك فيما يلي :

وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات فإنه يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط الادعاء بالتزوير، إذا لم يقيم مدعي التزوير بإعلان خصمه بشواهد التزوير في الأيام الثمانية التالية للتقرير به في قلم كتاب المحكمة، وهذا يعني أنه يجوز للمحكمة أن تقضي بالسقوط أو لاتقضي به وفقاً لما تراه وحسب ظروف كل حالة، فلو أعلن مدعي التزوير خصمه بعد انقضاء الأجل المقرر، فإنه لا يتحتم على المحكمة الحكم بالسقوط، فقد ترى أن هناك مبرراً لعدم مراعاة هذا الميعاد وبالتالي ترفض

---

(١) والغرامة التي يحكم بها على مدعي التزوير عند تقرير سقوط حقه في دعواه أو عجزه هي جزاء أوجب القانون تحكم به المحكمة لصالح الخزانة العامة من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه أحد الخصوم ولو أمام محكمة الاستئناف. نقض مدني جلسة ٢٨ ابريل ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة الجزء الأول ق ١٠ ص ٤٢٣. ولا تجري على الغرامة أحوال الرأفة، استئناف مختلط، جلسة ٨ ابريل ١٩٠٢ مرجع القضاء ص ٢١١٥ ص ٨٣٢٠. وتنفذ الغرامة المحكوم بها وفقاً لنص المادة ٥٦ اثبات بالكيفية والأوضاع المنصوص عليها في قانون المرافعات.

(٢) د عبدالحكم فودة، المرجع سابق ص ١٣٩.

(٣) وشرط اعفاء مدعي التزوير من الغرامة ثبوت بعض ما ادعاه من تزوير لا ما يكون قد ابداه على سبيل الاحتياط من دفاع موضوعي آخر، كما إذا دفع أصلياً بأن العقد مزور واحتياطياً بأنه في حقيقته وصية وليس بيعاً وانتهت المحكمة إلى رفض الادعاء بالتزوير واعتبار العقد وصية. نقض مدني جلسة ٩ مايو ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩،

## المدعى عليه وظاهرة البطلان في التقاضي

طلب الحكم بسقوط الادعاء<sup>(١)</sup>؛ لأن الغرض من تقرير ميعاد الثمانية أيام هو الرغبة في منع التطويل والتأخير في سير الإجراءات<sup>(٢)</sup>، أي حث مدعى التزوير على التعجيل في إثبات صحة ادعائه والسير في الإجراءات حتى لا يبقى الموضوع الأصلي معلقاً، بحيث إذا تباطأ فيها تعرض لخطر الحكم بسقوط ادعائه بعد انقضاء الأجل<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان يجوز للمحكمة وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات أن تحكم أو لا تحكم بسقوط الادعاء بالتزوير، لكن إذا ما قضت المحكمة بسقوط هذا الادعاء، فإنه يجب عليها أن تحكم على المدعي بالغرامة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك<sup>(٤)</sup>.

ويجب على المحكمة وفقاً لنص المادة ٥٦ من قانون الإثبات أن تحكم بغرامة لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولا تزيد عن ألف على المدعي بالتزوير عند رفض

---

(١) فللمحكمة سلطة تقدير ما إذا كان يجب الحكم بسقوط دعوى التزوير أم لا، المنصورة جلسة ٦ مايو ١٨٩١ مجلة الحقوق س ٦ ص ٩٨. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة النقض بأنه " وإن كانت المادة ٤٩ من قانون الإثبات توجب على مدعي التزوير أن يعلن خصمه بمذكرة شواهد التزوير في ثمانية الأيام التالية للتقرير به وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه، وكان المطعون ضده قد تأخر في إعلان مذكرة الشواهد إلى الطاعن في ذلك الميعاد، إلا أنه لما كان الجزء المذكور جوازياً للمحكمة، وكانت هذه المحكمة لا تجد في ظروف الدعوى ما يدعو إلى أعماله فإنها ترفض طلب الحكم بسقوط الادعاء. جلسة ٧ مايو ١٩٧٤ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٨١٣.

(٢) استئناف مختلط جلسة ٢٣ فبراير ١٩٠٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ١٩ ص ١٢٦.

(٣) د. محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات الجزء الثاني ص ٢. والأحكام المشار إليها في هامش ١. انظر أيضاً: د. عبدالحكم فودة، مرجع سابق، ص ٤٤، ٤٥.

(٤) نقض مدني، جلسة ٢٨ أبريل ١٩٥٥ مذكور من قبل.

ادعائه والحكم بصحة الورقة المطعون فيها<sup>(١)</sup> ، ولا تتعدد هذه الغرامة وفقاً لما استقر على القضاء بتعدد الأوراق المطعون فيها<sup>(٢)</sup> ، ولا بتعدد المدعين بالتزوير متى كان ادعاؤهم واحداً وحاصلاً بتقرير واحد<sup>(٣)</sup> ، وكان منصّباً على ورقة أو أوراق مرتبطة ببعضها<sup>(٤)</sup> .

(١) فإذا رفضت دعوى التزوير وحكم بصحة الأوراق المطعون فيها وجب الحكم بالغرامة ولا يجوز القانون إعفاء مدعي التزوير فيها من الغرامة إلا إذا ثبت بعض ما ادعاه من التزوير. فإذا حكمت المحكمة بالإعفاء من الغرامة بناء على أن الحكم بالغرامة جوازي أن شامت قضت به على مدعي التزوير وإن شامت أعفته منه - كان قضاؤها بذلك مخالفاً للقانون. مذكرة رقم ٥٣ بتاريخ ١٢ أبريل ١٩٢٥. مذكرات لجنة المراقبة القضائية، القسم الأول في المواد المدنية والتجارية ١٩٣٧ ص ١٤٨.

(٢) فلو طعن شخص بالتزوير في سند وفي توكيل شرعي ونظرتهما المحكمة في جلسة واحدة وفصلت فيها بحكم واحد بصحة الطعن بالنسبة للسند وعدم صحته بالنسبة للتوكيل الشرعي، فإن لاملح للحكم على المستأنف بالغرامة لأنه وإن يكن قد طعن في كل من الورقتين علي حدة إلا أن دعواه تعتبر دعوى تزوير ثبت بعض المدعى به فيها طبقاً للمادة الثانية من المادة ٢٩١ مرافعات. استئناف مصر، جلسة ١٠ يناير ١٩١٢ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ١٣ ص ٦٧. ولكن تتعدد الغرامة بتعدد الادعاء ذاته سواء أكان في صحيفة دعوى تزوير أصلية أم في تقرير ادعاء أمام قلم الكتاب في دعوى قائمة. نقض مدني جلسة ٢٧ يناير ١٩٧٤ مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٤٢٧.

(٣) كفر الشيخ جزئي، جلسة ٢٣ أبريل ١٩١٨ مرجع القضاء ص ٢١٢ بند ٨٣٠٥. نقض مدني جلسة ٢٧ يناير ١٩٦٩ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٣٨٣. وفي نفس المعنى أنظر: Taouss, 18, juin 1875, D. P 1978 II p. 214.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن ادعاء الطاعنين بالتزوير تم بتقرير واحد، وانصب على عقد البيع المنسوب صدوره لمورثتهم تأسيساً على أن بصمتي الختم والاصبع المنسويتين لها مزورتان وانصب أيضاً على بصمة الابهام المنسوية لها على الإعلان الإداري الموجه إليها في الدعوى المذكورة، وعلى بصمة ختمها في إعادة الاعلان وعلى بصمة ختمها على أصل اعلان الحكم رقم ... الذي صدر ضدها بصحة ونفاذ العقد المذكور، فإن هذا الادعاء يكون واحداً، ويتقرر واحد قصد به رد وبطلان عقد البيع المنسوب صدوره لمورثتهم لتزوير بصمتي ختمها واصبعها وبطلان اجراءات التقاضي في الدعوى التي أقيمت بصحة ونفاذ هذا العقد، وبطلان إعلان الحكم الذي صدر لذات السبب وهو تزوير بصمتي الختم والاصبع. مما يقتضي أن يكون الحكم عليهم بغرامة واحدة إذا ما فشلوا في ادعائهم بالتزوير وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى على كل =

## المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي

ولكن يبدو لنا أن ما استقر عليه القضاء في هذا الخصوص، أي عدم الحكم إلا بغرامة واحدة - في حالة سقوط الادعاء أو رفضه - ولو تعدد المدعين بالتزوير أو تعددت الأوراق المطعون فيها فيه تساهل كبير من جانب المشرع، بل إنه يمثل دعوة لضعاف النفوس من الطعن في كل الأوراق المقدمة في الدعوى لا شيء إلا بقصد الكيد وإطالة أمد الخصومة.

ولنا أن نتصور في هذه الحالة أن المستندات المقدمة في الدعوى كانت عديدة ومتنوعة، بل ربما كانت في حاجة لتحقيقها من أكثر من جهة، وهذا يستغرق وقتاً مضاعفاً، ولذلك نهيب بالمشرع أن يرخص للمحكمة - متى ثبت لها أن تعدد المدعين بالطعن أو تعدد الأوراق المطعون فيها لم يكن إلا بقصد الإساءة ومضيعة الوقت والضغط على الخصم الآخر - أن تحكم بالجاء الرادع لوقف هذا الاستهتار بالعدالة، ولا أقل من أن تحكم بتعدد الغرامة على من يدعي بتزوير كل أو بعض الأوراق المقدمة في الدعوى وهو على يقين من صحتها إن مانطال به ليس بدعة، بل أخذ به المشرع في نص المادة ٢/١٥٩ من قانون المرافعات والذي يقرر أن تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم.

وقد يوجه لنا القول، بأن وضع القاضي يقتضي هذا التشديد حتى لا يسيء الخصوم لشخص القاضي، إلا أننا نرى أن الحكمة ستكون واحدة في الأمرين؛ لأن أغلب طلبات الرد التي تطرح أمام المحاكم لم يكن القصد منها الإساءة لشخص

---

. = منهم بغرامات متعددة بقدر الأوراق المطعون فيها فاته يكون قد أخطأ في القانون. جلسة ١١ مايو ١٩٧٢.

مجموعة النقض س ٢٣ ص ٨٥٢.

القاضي -في أغلب الأحوال- بقدر ما يقصد منها عرقلة سير الخصومة ليس إلا؛ إذ يتخذ الخصم طلب الرد كمطية لتحقيق أغراضه الخبيثة، والسبب في اللجوء إلى مثل هذه الطرق الملتوية معروف لنا جميعاً وهو انعدام الجزاء الذي يجعل الخصم المماطل يفكر كثيراً قبل طلب الرد الذي لم يكن له أساس في الواقع، أو الطعن بالتزوير في محرر وهو على يقين من أنه صحيح.

وقد يقال أن هذا الاقتراح يضيق من حقوق الدفاع، خاصة وأنه يجوز للمحكمة وفقاً لنص المادة ٥٢ من قانون الإثبات أن ترفض الطعن بالتزوير إذا كان غير منتج في الدعوى الأصلية، ولكن ذلك لا يحدث في الواقع إلا نادراً، كما لو انصب الطعن بالتزوير على ورقة لا علاقة لها بالنزاع، وهذا الأمر لا تستبينه المحكمة بسهولة؛ فقد يحتاج منها إلى تحقيق يستغرق وقتاً طويلاً الأمر الذي يدفعها -وتحت ضغط العمل- إلى ندب خبير لفحص الادعاء بالتزوير<sup>(١)</sup>.

إن مسألة الطعن بالتزوير في غاية الخطورة بما يترتب عليها من نتائج تمس المدعى عليه بالتزوير فضلاً عن أنها تعرقل سير العدالة -خاصة وأن الدعوى لم تكن إلا في مرحلتها الأولى، بل ربما يتنازل المدعي بالتزوير عن ادعائه فلا يقع عليه أي جزاء؛ لأن نص المادة ٥٦ إثبات قد جعل الحكم بالغرامة في حالتي سقوط الادعاء ورفضه فقط.

وإذا كان مناط الحكم بالغرامة وفقاً لنص المادة ٥٦ من قانون الإثبات هو القضاء بسقوط حق مدعي التزوير أو برفض دعواه، ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت

(١) د. محمد مجدي مرجان، مرجع سابق ص ٢٧.



## المدعى عليه وظاهرة البطلان في التقاضي

بعض ما ادعاه، فإنه يستفاد من ذلك -ووفقاً لما ستقر عليه القضاء- أنه لا يجوز الحكم بالغرامة في حالة التنازل عن الطعن بالتزوير أو ترك الخصومة فيه، أو في حالة إنهاء إجراءات الادعاء به بسبب تنازل المدعي عليه فيها عن التمسك بالورقة أو بجزئها المطعون فيه<sup>(١)</sup>، كما أنه لا يحكم بالغرامة التي يقررها نص المادة ٥٦ في حالة الحكم بعدم قبول دعوى التزوير لكونها غير منتجة في الدعوى الأصلية.

### **إمكانية الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير في حالة تنازله عن هذا الادعاء :**

نظراً لأن المشرع لم يوجب الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير سوى في حالتين هما: سقوط الادعاء بالتزوير ورفضه. فقد ثار التساؤل حول إمكانية الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير الذي يتنازل في أي وقت وقبل إقفال باب المرافعة -ولو في مرحلة حجز القضية للحكم- عن هذا الادعاء بعد أن تكون الإجراءات قد قطعت شوطاً طويلاً. حول ذلك انقسم الرأي بين معارض للحكم بالغرامة في حالة التنازل عن الادعاء بالتزوير أو تركه لعدم النص على ذلك، وبين مؤيد لضرورة الحكم بها. وسوف نتعرض أولاً لهذين الاتجاهين ثم ندلو بدلونا بعد ذلك :

### **الاتجاه المعارض للحكم بالغرامة في حالة التنازل أو الترك :**

يخلص هذا الرأي إلى أنه مادامت الخصومة لا تتعلق بمصلحة عامة فيكون من

(١) المادة ٥٧ من قانون الاثبات. وتطبيقاً لهذا النص قضت محكمة النقض على أنه " لمن ادعى ضده بتزوير ورقة مقدمة منه أن ينهي إجراءات الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الإجراءات بنزوله عن التمسك بتلك الورقة وذلك بغير توقف على قبول مدعى التزوير ولا يكون له سوى أن يطلب من المحكمة ضبط الورقة أو حفظها متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك " جلسة ٢٨ مارس ١٩٦٦ مجموعة النقض س١٧ ص ٧٤٠.

الجائز تركها؛ إذ لا يوجد في القانون ما يمنع من يطعن في الورقة بالتزوير أن يتنازل عن حقه ويتصلح مع خصمه في الدعوى متى توافرت فيه الأهلية اللازمة لذلك<sup>(١)</sup>، وعليه فإنه يجوز ترك الخصومة في دعوى التزوير وفي هذه الحالة لا يحكم على التارك بالغرامة القانونية حتى ولو كان المدعى عليه في دعوى التزوير قد أبدى طلباته فيها بالحكم برفض الادعاء بالتزوير وبصحة الورقة، لأن الادعاء بالتزوير دفاع موضوعي ودليل في الدعوى وليس دعوى مستقلة<sup>(٢)</sup>.

وقد استطرد هذا الاتجاه قائلاً لماذا يحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير الذي تنازل عن ادعائه ونص المادة ٥٦ من قانون الإثبات قد فرضت الغرامة في حالة رفض الإدعاء بالتزوير أو سقوط الحق فيه دون غيرها من الحالات<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقاً لذلك جرت أحكام القضاء على أن " مناط الحكم بغرامة التزوير وفقاً لنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات<sup>(٤)</sup>، هو القضاء بسقوط حق مدعى التزوير أو رفض دعواه، فلا يجوز القضاء بها في غير هاتين الحالتين<sup>(٥)</sup>؛ باعتبار أن الغرامة قد وضعت جزاء لمن اتخذ طريق الطعن بالتزوير وأخفق فيه، ولما كان الترك لا يفيد الاخفاق<sup>(٦)</sup>، فإنه لا وجه للحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير إذا تنازل عن هذا

(١) نقض مدني جلسة ٢٠ مايو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ٤٣٢ قاعة رقم ١٠٥٣.

(٢) محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات الجزء الثاني ص ٥٢٦ وما بعدها. أ. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع الطبعة الثالثة ص ٦٨٢.

(٣) الدناصوري وعكاز التعليق على قانون الإثبات الطبعة السابعة ص ٢٨٠.

(٤) وهو يقابل نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات.

(٥) نقض ٧ إبريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ص ٩٢٥. وجلسة ١٨ إبريل ١٩٦٨ مجموعة النقض ص ١٩ ص ٧٨٠.

(٦) استئناف مختلط ١٩١٠ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ص ٢٢ ص ٢٧٦.

## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

الادعاء قبل أن يصدر حكم في الدعوى<sup>(١)</sup>؛ إذ لم يتبين عجزه عن اثبات دعواه<sup>(٢)</sup>.

بل أكثر من ذلك ذهب البعض<sup>(٣)</sup>؛ إلى أنه يجوز لمدعي التزوير أن يتنازل عن طعنه أمام المحكمة الاستئنافية مقررًا ترك الخصومة فيه، وبالتالي لا يحكم عليه بالغرامة؛ لأن الخصومة في الاستئناف ما هي إلا امتداداً للخصومة أمام محكمة أول درجة. فإذا حصل صلح بين الخصمين أثناء دعوى استئنافية رفعت عن حكم أصلي وعن حكم قضى برفض دعوى تزوير مرفوعة أثناء الدعوى الأصلية وصدقت المحكمة الاستئنافية على هذا الصلح فلا يلزم مدعي التزوير بالغرامة المنصوص عليها فإن كان قد دفعها من قبل أمر بإرجاعها إليه<sup>(٤)</sup>.

**الاتجاه المؤيد للحكم بالغرامة في حالة التنازل عن الادعاء بالتزوير أو تركه :**

ويخلص هذا الاتجاه؛ أنه للمحكمة بناء على طلب المدعى عليه الحق في عدم قبول تنازل المدعي في دعوى التزوير والحكم عليه بالغرامة، متى ظهر لها أن المدعي قد عجز عن إثبات دعواه وأن غرضه من التنازل هو خشية الفشل فيها والهروب من الغرامة القانونية<sup>(٥)</sup>، كما لو تنازل المدعي بالتزوير عن دعواه قبل

(١) مصر جلسة ٦ فبراير ١٩٢٤ مرجع القضاء ص ٢١١٣ بند ٨٣١٠ - نقض مدني جلسة ١٨ أبريل ١٩٦٨ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ ق.

(٢) استئناف مصر جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠، مرجع القضاء ص ٢١١٣ بند ٨٣١٢.

(٣) الدناصوري وعكاز، التعليق على قانون الاثبات، الطبعة السابعة، ص ٢٨١.

(٤) الموسكي، جلسة ٢٧ أكتوبر ١٩٠٦ مجلة الحقوق ص ٢٢ ص ١٣٠ - و مرجع القضاء بند ٨٣١٥ ص ٢١١٤.

(٥) ومن باب أولى يجوز للمحكمة رفض ترك دعوى التزوير. استئناف طنطا، جلسة ٢٥ مارس ١٩٣٠ المجموعة

الرسمية للمحاكم الأهلية ص ٣١ ص ٢٥٤ - ومجلة المحاماة ص ١٠ ص ٧٠٢.

ثبت كذبه في الدعوى<sup>(١)</sup> ؛ أو بعد أن حكمت المحكمة بتعيين أهل الخبرة للتحقيق<sup>(٢)</sup> وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة -وبحق- بأن الخصم الذي طعن بالتزوير ثم تنازل عنه يحكم عليه بالغرامة مثل الشخص الذي طعن وحكم بسقوط حقه أو أخفق في إثبات التزوير<sup>(٣)</sup> .

وعلى المحكمة أن تقضي بالغرامة على مدعي التزوير ولو تصالح مع خصمه في الدعوى الأصلية<sup>(٤)</sup> ، يستوي أن يتم هذا الصلح أمام محكمة أول درجة<sup>(٥)</sup> ، أو أمام محكمة الاستئناف، فمتى حكم ابتدائياً على مدعي التزوير برفض دعواه وبالغرامة فلا يعفى من دفعها ولو تصالح مع خصمه ولو أثناء نظر القضية في الاستئناف أو ترك الخصومة فيها<sup>(٦)</sup> ؛ إذ لا تأثير لهذا الصلح متى ثبت إقرار الطاعن

---

(١) د. أبو هيف، المرافعات بند ٨٨٦ ص ٦٢٧. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف طنطا بأنه ؛ إذا أصبح المدعي في دعوى تزوير عرضة لسقوط حقه فيها بمقتضى المادتين ٢٧٩، ٢٨٠ من قانون المرافعات فتنازله بمحض إرادته عن دعواه لا يجعل القاضي ممنوعاً من الحكم بسقوط حقه فيها والزامه بالغرامة. جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٠٦ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س ٨ ص ٨٢ مجلة الحقوق س ٢٢ ص ١٥١.

(٢) استئناف مختلط جلسة ٢٦ يناير ١٩١٦ مجموعة التشريع والقضاء المختلط س ٢٨ ص ١٢٥. أشار إليه د: أبو هيف ص ٦٢٨ .

(٣) استئناف مختلط جلسة ٢٠ أبريل ١٩١٠ مجموعة التشريع والقضاء المختلط س ٢٢ ص ١٧١ .

(٤) استئناف جلسة ٣ ديسمبر ١٩١٧ مرجع القضاء ص ٢١٤ بند ٨٣١٦.

(٥) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مصر بأنه " إذا حكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة ٢٩١ من قانون المرافعات على مدعي التزوير بدعوى فرعية ثم تصالح مع خصمه بعد ذلك في الدعوى الأصلية فلا يمنع هذا الصلح من إلزامه بدفع الغرامة. جلسة ٣ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س ٩ ص ٢٣٤ مجلة الحقوق س ٢٣ ص ٢٣١.

(٦) أ.د: أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات ١٩٨١ الطبعة الثانية ١٧٥١.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

بالتزوير بصحة السند الذي طعن فيه<sup>(١)</sup> ، ولذلك فإن الصلح لا يؤثر حقيقة على الغرامة إلا إذا ثبت أن الطاعن لم يكن سيء النية ولم يصدر منه ما يشعر بأنه اعتبر السند المطعون فيه صحيحاً في أي وقت من الأوقات ولا بد أن يثبت ذلك من الصلح الذي تم بين الخصوم، ويستحسن أن يطلب من محكمة الاستئناف مع التصديق على الصلح الحكم برفع الغرامة منعاً للإشكال<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان المشرع قد فرض الغرامة على من يطعن بالتزوير ويقدم أدلة عليه لا يستطيع إثبات صحتها وإن كانت في نفسها صالحة ومقبولة فمن باب أولى يكون الشارع قد أراد أن يقضي بالغرامة على من يجرؤ فيدعي بالتزوير دون أن تكون لديه أدلة مقبولة<sup>(٣)</sup> .

### رأينا في الموضوع :

إذا كانت المادة ٥٦ من قانون الإثبات لم تنص صراحة على الغرامة إلا في حالة سقوط الحق في الادعاء بالتزوير أو رفضه، إلا أننا نرى أن قواعد العدل والإنصاف تقتضي إعمال هذا الحكم أيضاً -أي الحكم بالغرامة- في حالة ما إذا كانت الأدلة المقدمة في دعوى التزوير الفرعية غير جائزة القبول أو لاتعلق لها بالدعوى ومن باب أولى يجب الحكم بالغرامة إذا تنازل المدعي بالتزوير عن دعواه، إذ لا فرق - من وجهة نظرنا- بين مدعي التزوير الذي يسقط حقه لعدم تقديم أدلته في الميعاد

(١) الموسكي جلسة ١٣ ديسمبر ١٩١٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س ١٩ ص ٩٧ .

(٢) د . أبوهيف، المرافعات المدنية والتجارية، هامش ٣ ص ٦٢٧، ٦٢٨ .

(٣) مذكرة مراقبة ١٨٩٥ مرجع القضاء ص ٢١٣ بند ٨٣٠٧ . وانظر أيضاً : أبو هيف، مرجع سابق ص ٦٢٧ والاشارة

المذكورة في هامس رقم ١ .

المحدد أو يرفض ادعائه وبين من يتنازل عن الادعاء بالتزوير بعد أن تكون الإجراءات قد قاربت على نهايتها. ألم يكن من العدل والمساواة وتوقيع الغرامة في كل الأحوال مادام هدف المشرع هو منع الخصوم من إقامة دعاوي التزوير التي لا يقصد منها سوى المعاكسة وتضييع الوقت؟

لذلك، وترتيباً على ماتقدم فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يتخذ موقفاً حازماً تجاه الخصم الذي يدعي بالتزوير أثناء سير الدعوى الأصلية ثم يتراخى في إعلان خصمه في الميعاد المحدد فإذا أصبح حقه عرضة للسقوط سارع بالتنازل عن الادعاء بقصد الهروب من توقيع الغرامة. نعم يكفي للحكم بالغرامة على مدعي التزوير حصول الادعاء به وتقريره في قلم كتاب المحكمة وعدم قبول أدلته سواء كان رفض الأدلة من تلقاء نفس المحكمة بدون أن تأمر بتحقيقها أو أمرت بالتحقيق وكانت نتيجته عدم صحة الأدلة المذكورة<sup>(١)</sup>.

فإذا كان المشرع يرغب في الحد من ظاهرة البطء في التقاضي والتي استشرت في نظامنا القضائي فعليه مراجعة هذه النصوص التي تهني للخصم عرقلة سير العدالة بسبب عدم احتوائها على جزاء رادع يطبق في حال المخالفة.

وقد يقال ماذا يفعل المشرع وقد رفع من قيمة الغرامة إلى عشرة أمثالها بحيث أصبحت لا تقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولا تزيد عن ألف بعد أن كانت خمسة وعشرين جنيهاً ولا تزيد عن مائة، ولكننا نرى أن جزاء الغرامة غير كاف على الرغم من رفعة إلى هذا الحد، خاصة أن بعض الدعاوي التي تطرح أمام

(١) استئناف مصر، جلسة ٧ إبريل ١٨٩٦ مجلة الحقوق س ١١ ص ٣٦٤.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

المحاكم تقدر قيمتها بالملايين ولا يضير الخصم من دفع هذه الغرامة التافهة ولو بلغت حدها الأقصى مادام فى النهاية يمكنه باسم القانون من أن يعرقل سير الخصومة ويمنع صاحب الحق من الوصول إلى حقه إلا بعد مشقة كبيرة .

ولذلك فإننا نطالب المشرع بأن يقرر عقوبة سالبة للحرية - إلى جانب الحكم بالغرامة - توقع على الخصم الذى يدعى بالتزوير متى ثبت للمحكمة بأن الطعن بالتزوير كيدي ولا يقصد به سوى المشاغبة أو عرقلة سير العدالة، وهو يكون كذلك فى جميع الحالات التى تعرضنا لها من قبل - أي سواء حكم بسقوط الادعاء أو رفضه أو عدم قبوله أو متى تم التنازل عنه هروباً من توقيع الجزاء .

ومن أجل تحقيق ذلك نقترح تعديل نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات ليصبح على النحو الآتي : " إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه أو بعدم قبوله أو التنازل عنه حكم عليه بغرامة لاتقل عن مائتي جنيه ولاتجاوز عشرة آلاف جنيه أو الحبس الذى لا يقل عن أسبوع ولايزيد عن شهر .

وفى جميع الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد المدعين بالتزوير أو بتعدد الأوراق المطعون فيها بالتزوير متى كانت غير مرتبطة ببعضها، ولا يحكم على المدعى بالتزوير بأية غرامة متى ثبت بعض مآدعاه" .

ومن أهم الفوائد التى يحققها هذا التعديل هو قطع الطريق أمام الخصوم - خاصة المدعى عليهم - والذين يستغلون نصوص القانون لتحقيق أغراض غير تلك التى هدف المشرع إلى تحقيقها بسبب عدم فعالية الجزاء الذى قرره المشرع، إن

عقوبة الغرامة لم تعد كافية للردع، لذلك كان من الضروري تقرير عقوبة الحبس والذي سوف يؤدي حتماً إلى تراجع الخصوم سيئي النية الذين لا يسلكون هذا الطريق -أي الادعاء بالتزوير- للوصول إلى حق لهم، وإنما يتخذونه كمطية لتحقيق مآرب لا يقرها لا الشرع ولا القانون، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا التعديل سوف يمكن المحكمة من فرض سيطرتها على مجريات الدعوى بحيث تصبح زمام الأمور بيدها لا بيد الخصوم، ولا يمكن القول هنا أن الأمر يتعلق بمصلحة خاصة لأشأن للمحكمة بها؛ لأنه إذا كان للخصم الحق في أن يطرح كل ما في جعبته أمام المحكمة للدفاع عن مصالحه وبالكيفية التي يراها هو، لكن ما لا يجب أن يكون حراً فيه هو السير في الخصومة بسوء نية؛ إذ يجب عليه مباشرة الإجراءات بحسن نية<sup>(١)</sup> وحسناً فعل المشرع الإيطالي بالنص صراحة على واجب الخصوم ومحاميهم أن يسلكوا في الخصومة بإخلاص ونزاهة<sup>(٢)</sup>، ويقتصر واجب حسن النية على توفير حد أدنى من الاستقامة الخلقية في الخصومة يتمثل في أن يستهدف سلوك الخصم فيها تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقة نزيهة<sup>(٣)</sup>، فإذا قدم الخصم طلباً أو دفعاً وهو يعلم ألا حق له فيه، مثل التمسك بورقة يعلم أنها مزورة أو الطعن بالتزوير في ورقة وقع عليها بنفسه<sup>(٤)</sup>، هنا يكون هذا أو ذاك قد عقدا العزم وبيتا النية على غش المحكمة أو تضليل العدالة وهذا يتعلق بالمصلحة العامة لا الخاصة، كما

(١) أ.د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٤٩.

(٢) المادة ٨٨ من قانون المرافعات الإيطالي.

(٣) أ.د. وجدي راغب المرجع السابق ص ٤٥٠.

(٤) أ.د. وجدي راغب مرجع سابق ص ٤٥٠ هامش رقم ٦٥.



## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

لايتعارض مع واجب السير فى الخصومة بحسن نية.

وهنا يثور التساؤل لماذا يفعل أمثال هؤلاء من تجار الخصومة ذلك؟ يفعلون ذلك لأن المحكمة لا تملك سوى تطبيق نصوص القانون وهذه الأخيرة غير كافية لردع هؤلاء الخصوم.

لذلك كان لزاماً على المشرع أن يرد المكر السيء إلى أهله، ولا يكون ذلك كذلك إلا بوجوب تقرير عقوبة الحبس على الخصم المماطل عندئذٍ سوف يفكر المحتالون كثيراً قبل سلوك طريق الطعن بالتزوير الذي لاهدف من ورائه إلا التسويف والمراوغة. إن ما نطالب به يجد سنده فى قول النبي صلى الله عليه وسلم "مطل الغني ظلم". وقوله أيضاً: "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته". والمراد من مطل الغني، مماثلة الموسر القادر على الوفاء، فكونه يماطل فى أداء ما عليه فإنه يعتبر بذلك ظالماً؛ والأثر الذي يترتب على ظلمه هذا التواؤه ومماطلته بالرغم من أنه يجد ما يسدده به دينه، فهذا الموقف منه يجيز للقاضي أن يعزره لامتناعه عن الوفاء رغم قدرته على دفع ما عليه من التزام<sup>(١)</sup>، وهذا التعزير قد يصل إلى حبسه<sup>(٢)</sup>.

(١) أ.د. يوسف قاسم، التعامل التجاري فى ميزان الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية ١٩٩٣ ص ٤٢ .

(٢) سبل السلام للصنعاني ، ١٩٥٠ الجزء الثالث ص ٥٥ أشار إليه : يوسف قاسم الإشارة السابقة.

## الخاتمة

تبين لنا من خلال هذا البحث أن لظاهرة البطء في التقاضي أسباباً متعددة منها مايتعلق بالمشرع، ومنها مايتعلق بالقاضي ومعاونيه، وأخيراً مايتعلق بالخصوم. وقد قصرنا هذه الدراسة على دور المدعى عليه في تأخير الفصل في المنازعات المدنية المطروحة أمام المحاكم؛ إذا ثبت لنا خلالها أن القانون المنظم لسير الخصومة هو الذي يدعم بل يكرس مركزه في إغناء ظاهرة البطء في التقاضي، حيث تفتح له الثغرات الجاثمة في هذا القانون الباب على مصراعيه للمماطلة والتسويف، فيتخذ من حقه في الدفاع طريقاً ليتوصل به إلى تحقيق أمر غير مشروع. وقد تناولت هذه الدراسة أهم صور إساءة المدعى عليه لحقه في الدفاع منذ بدء خصومة أول درجة وحتى صدور حكم فيها، وبهمنّا الآن أن نسجل أهم الملاحظات التي تم التوصل إليها:

١- استقر قضاء محكمة النقض على أن المحضر غير مكلف بالتحقق من شخصية أو صفة مستلم الإعلان، الأمر الذي دفعه إلى عدم الاهتمام بإعلان الأوراق القضائية على نحو حقيقي، ولكن نظراً لانتفاء الحكمة من إعفاء المحضر من أن يتثبت من شخصية مستلم الإعلان فقد اقترحنا إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات لتصبح على النحو الآتي "وفي جميع الأحوال يجب على المحضر أن يتحقق من شخصية من يتسلم منه ورقة الإعلان من واقع بطاقته العائلية أو الشخصية مع إثبات رقمها وجهة

## المدعى عليه وظاهرة البطلان فى التقاضى

صدورها فى أصل الإعلان وتحديد صلته بالمعلن إليه". فليس من الحكمة إعفاء المحضر من أن يتثبت من شخصية مستلم الإعلان، ولاريب أن التعديل المقترح سوف يؤدي إلى قطع الطريق أمام المحضر الذي يتلاعب عند إعلان الأوراق القضائية متواطئاً مع طالب الإعلان، كما سيقطع الطريق أمام الخصم الذي يتخذ من الطعن بالتزوير مطية لعرقلة سير الدعوى.

من ناحية أخرى فقد لوحظ أنه رغم إعلان المدعى عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً وفقاً للمادة ٢/١٠ مرافعات إلا أن نص المادة ٨٤ يوجب في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إذا لم يكن الإعلان مخاطباً مع شخصه، وذلك بحجة احتمال جهله بقيام الدعوى. والحق أن تطلب مثل هذا الإجراء- أي إعادة الإعلان- قد أصبح وبحق مجالاً خصباً لتعطيل الفصل في الدعاوى من جانب كثير من المدعى عليهم، فرغم إعلان المدعى عليه وفقاً لنص المادتين ٢/١٠ و ١١ من قانون المرافعات إلا أنه يعتمد- في أغلب الأحوال - عدم حضور الجلسة الأولى التي أعلن بها لغير شخصه، بل إنه قد يتواجد في قاعة الجلسة ولكنه يعتمد عدم إثبات حضوره فيها توصلأ منه لتأجيل القضية لإعادة إعلانه وفقاً لنص المادة ٨٤ مرافعات كسباً للوقت وإضراراً بخصمه. وهكذا فإن النص يميكن المدعى عليه من عرقلة سير الخصومة كما يتجاهل وجود الفقرة الثالثة من نص المادة ١١ مرافعات والتي تنص على اعتبار الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً.

ولذلك وحرصاً على تحقيق العدالة بين الخصوم اقترحنا تعديل نص المادة ٨٤ من قانون المرافعات لتصبح على النحو الآتي: "إذا تخلف المدعى عليه في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت إليه وفقاً لما هو مقرر في نص المادتين ١٠ و ١١ من قانون المرافعات حكمت المحكمة في الدعوى متى كانت صالحة للفصل فيها وبعد حكمها حضورياً". فمتى تم إعلان المدعى عليه بالشكل القانوني فإنه يعتبر عالماً بالإجراء ومضمونه.

وإذا كان للمدعى عليه الحق في العلم بالإجراءات، إلا أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً بل يجب أن يكون محكوماً بالغاية منه، فمتى تعمد المدعى عليه عدم الحضور رغم إعلانه إعلاناً قانونياً صحيحاً رغبة منه في إعنات خصمه ومضايقته وإيذائه هنا يكون الحق قد خرج عن غايته.

٢- إن كثرة طلبات تأجيل القضايا أمام المحاكم ترجع إلى سببين: أولهما يرجع إلى عدم وجود سياسة تشريعية واضحة ترسم للعدالة طريقها حيث عدم التناسب بين عدد القضاة وكم القضايا المطروحة عليهم، وهذا يحول بين هؤلاء القضاة وتحقيق العدالة. وثانيهما يرجع إلى الخصوم والذين وظفوا نصوص القانون لتحقيق أغراض غير مشروعة، ولماذا لا يفعلون ذلك مادامت هذه النصوص لم تحتو على جزاءات رادعة تجعلهم يفكرون كثيراً قبل إبداء طلبات التأجيل المتكررة والتي لا يقصدون منها سوى التسويف والمماطلة، ولذلك يجب على المشرع أن يرفع من الحد الأقصى للغرامة بحيث يجعلها متناسب مع كل الدعاوي، فليس من العدل الحكم بالغرامة

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

التي لا تزيد عن مائة جنيه على المدعى عليه المماطل ولو كانت قيمة الدعوى تقدر بالملايين. إن الجزاءات التي تملك المحكمة فرضها -وفقاً لنصوص القانون- على من يعطل سير العدالة لا يمكن أن تردع أحداً.

وبناء على ذلك فإننا نقترح تعديل نص المادة ٩٧ من قانون المرافعات ليكون على النحو الآتي: " تجرى المرافعة في أول جلسة، وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل الدعوى، فإذا ترتب على قبول المستند تأجيل الدعوى حكمت عليه بغرامة لا تقل عن ثلاثين جنيهاً ولا تتجاوز ألف جنيه".

وقد يقال أنه لضرورة لرفع الغرامة خاصة وأن نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات يجيز لمن لحقه ضرر من دفاع كيدي أن يطالب بالتعويض، ولكننا نقول أنه قد ثبت في الواقع أن الخصم الذي يلحقه ضرر من الدعوى الكيدية أو الدفاع الكيدي نادراً ما يلجأ إلى القضاء مطالباً بالتعويض، خاصة وأن القانون لا يعطيه هذا الحق كقاعدة إلا من خلال رفع دعوى أصلية وهذا يكلفه وقتاً وجهداً بل ومالاً.

٣- تبين لنا خلال هذه الدراسة أن أغلب طلبات الرد التي تطرح أمام المحاكم تستند إلى الفقرة الرابعة من نص المادة ١٤٨ من قانون المرافعات أي الادعاء بوجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم؛ إذ يكفي أن يفتعل الخصم أو ممثله مشادة مع القاضي لكي يطلب رده بعد ذلك أو قد

يدعي حدوث وقائع تجعله غير مطمئن إلى قضائه فيطلب تحقيقها تحرياً للحقيقة.

نعم لقد استغل الخصوم نص المادتين ١٤٨ و ١٦٢ من قانون المرافعات فالأول يعطيهم الحق في رد القاضي والثاني يؤدي إلى وقف الدعوى بقوة القانون. ونتيجة لذلك إزدادت طلبات الرد أمام المحاكم والتي لا هدف لها -في أغلب الأحوال- سوى عرقلة سير الخصومات الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل، ففي مرحلة أولى وبموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ ضيق من نطاق طلبات الرد ورفع من قيمة الغرامة التي توقع على طالب الرد متى رفض طلبه أو سقط الحق فيه أو قضي بعدم قبوله.

غير أن هذه التعديلات لم تحقق أهدافها، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل مرة ثانية بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ولكنه اتبع نفس السياسة التي سلكها القانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ رغم فشلها، فرفع من قيمة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى كما أضاف إلى المادة ١٥٩ من قانون المرافعات حالة تنازل طالب الرد عن طلبه. ورغم أن المشرع قد خطى خطوة غير مسبوقة في رفع قيمة الغرامة على نحو يكاد يشعر طالبي الرد بالمسؤولية، كما أنه وحد في قيمة الغرامة التي يجب الحكم بها على طالب الرد في حالة عدم قبول طلب الرد أو رفضه أو سقوطه أو التنازل عنه، إلا أننا قد انتهينا إلى أن هذه السياسة لم تكن كافية للردع لأن قيمة الغرامة لا تتناسب في أغلب الأحوال مع قيمة الدعوى الأصلية التي يوقفها سلاح

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

الرد بقوة القانون هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد أثبت الواقع أن القضاة يحجمون عن إقامة دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن مثل هذه الطلبات الكيدية، استشعاراً منهم للوقوف موقف الخصوم في دعاوى تنظر أمام المحاكم.

ولذلك فقد اقترحنا تعديل نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات ليكون على النحو الآتي: " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه أو بالحبس الذي لا يقل عن أسبوع ولا يزيد عن شهر أما إذا كان طلب الرد مبنياً على الوجه الرابع من نص المادة ١٤٨ فيجب على المحكمة أن تقضي بالغرامة والحبس معاً ولاشك أن في تقرير الحبس إلى جانب الحكم بالغرامة سوف يحد من طلبات الرد الكيدية إذ أن عقوبة الحبس أكثر ردة للخصوم سيئى النية.

٤- ثبت في الواقع كيدية أغلب طلبات الطعن بالتزوير التي كانت تطرح أمام المحاكم فلا هدف من ورائها إلا كسب الوقت وإطالة أمد التقاضى وتضليل العدالة، فما على المدعى عليه الذي يرغب في إعانات خصمه ومضايقته إلا أن يطعن بالتزوير في كل أو بعض المستندات المقدمة من خصمه في الدعوى وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات، نعم يطعن فيها رغم علمه بأنها صحيحة، وله هذا الحق منذ بدء الدعوى وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، ولم لا يفعل ذلك مادام الحكم في النهاية سيقدر رفض ادعائه وصحة

المحرر المطعون فيه، فلا بأس من أن يعنت خصمه ويضغط على أعصابه ويكلفه بما لا يطيق من الجهد والمال، خاصة وأن نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات يقرر أنه : " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولا تتجاوز ألف جنيه ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه". نعم إن الغرامة لا تزيد عن ألف جنيه ولو كانت قيمة الدعوى بالملايين.

ونظراً لأن المشرع لم يوجب الحكم بالغرامة إلا في حالتي سقوط الادعاء بالتزوير ورفضه؛ فقد اختلف الرأي في الفقه والقضاء حول إمكانية الحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير الذي يتنازل عن ادعائه بعد أن تكون الإجراءات قد قطعت شرطاً طويلاً أمام المحاكم، فمن قائل بأنه لا وجه للحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير إذا تنازل عن هذا الادعاء قبل أن يصدر الحكم في الدعوى إذ لا يوجد في القانون ما يمنع هذا التنازل. ومن قائل بوجوب الحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير ولو تنازل عن هذا الادعاء متى ثبت للمحكمة أنه قد عجز عن إثبات دعواه وأن غرضه من التنازل هو خشية الفشل فيها والهروب من الغرامة القانونية . ولا شك في أننا نميل إلى الاتجاه الثاني لأن قواعد العدل تقتضي إعمال حكم الغرامة في حالة التنازل عن الادعاء بالتزوير ليس هذا فحسب بل إننا نطالب المشرع المصري بأن يقرر -إلى جانب الحكم بالغرامة- عقوبة سالبة للحرية توقع على الخصم الذي يثبت إساءة استخدامه لنصوص القانون بقصد إلحاق



## المدعى عليه وظاهرة البطل في التقاضي

الضرر بالغير .

ولذلك نقترح تعديل نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات ليصبح على النحو الآتي: " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه أو بعدم قبوله أو التنازل عنه حكم عليه بغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو الحبس الذي لا يقل عن أسبوع ولا يزيد عن شهر وفي جميع الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد المدعين بالتزوير أو بتعدد الأوراق المطعون فيها بالتزوير متى كانت مرتبطة ببعضها ولا يحكم على المدعي بالتزوير بأية غرامة متى ثبت بعض مادعاؤه" .

إن هذا التعديل سوف يقطع الطريق أمام الخصوم سيئي النية فضلاً عن أنه يُمكن المحكمة من فرض سيطرتها على مجريات الدعوى بحيث تصبح زمام الأمور بيدها لا بيد الخصوم، ولا يمكن القول هنا بأن الأمر يتعلق بمصلحة خاصة بالخصوم لاشأن للمحكمة بها، لأنه لو كان للخصم الحق في أن يطرح كل ما في جعبته أمام المحكمة للدفاع عن مصالحه فيها وبالكيفية التي يراها هو لكن ما لا يجب أن يكون حراً فيه هو السير في الخصومة بسوء نية، فإذا قدم الخصم طلباً وهو يعلم أن لاحق له فيه، كما لو طعن بتزوير ورقة يعلم أنها صحيحة، فهنا يجب على المشرع أن يرد المكر السيء إلى أهله ولا يكون ذلك كذلك إلا بتقرير عقوبة الحبس على الخصم المماطل، و عندئذٍ سوف يفكر المحتالون كثيراً قبل سلوك طريق الطعن بالتزوير الذي لا هدف من ورائه سوى التسويف والمراوغة؛ لأن العدالة بدون قوة تصبح غير قادرة

على تحقيق أهدافها، والقوة بلا عدل استبداد وظلم، فلا بد إذن من التوأمة بين العدالة والقوة، بحيث تصبح العدالة قوية، والقوة عادلة.

وبعد كل ماتقدم، لاندعي أننا قد ابتدعنا مسدداً لإبطاء المدعى عليه لإجراءات التقاضي، أو أننا قدمنا علاجاً ناجعاً لاجتثاث هذا الداء النافر في جسم العدالة، وكل ما هنالك أننا اجتهدنا في الحد من الطرق الملتوية التي يلتجئ إليها تحقيقاً لهذا الغرض المريض، وطرحنا من الحلول ما يعالج العلل الظاهرة في هذه القضية، غير أن الباطل باقٍ يظل برأسه بوسائل جديدة مهما حورب، والحق أيضاً يظل يطارده، وهي سنة هذا الكون، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿... ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضلٍ على العالمين﴾<sup>(١)</sup>.

**تم بفضل الله وعونه، والحمد لله رب العالمين ؛**

## قائمة بالمراجع

أولاً : باللغة العربية :

- إبراهيم أمين النفاوي:

مسؤولية الخصم عن الاجراءات -رسالة دكتوراه- الطبعة الأولى ١٩٩١ .

- إبراهيم نجيب سعد :

القانون القضائي الخاص - الطبعة الأولى ١٩٧٤ .

- ابن قيم الجوزية :

أعلام الموقعين عن رب العالمين - الجزء الثالث ١٩٦٨ .

- أحمد أبو الوفا :

المستحدث في مشروع قانون المرافعات ، مجلة الحقوق ١٩٥٩ .

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الخامسة ١٩٨٧ .

نظرية الأحكام في قانون المرافعات - ١٩٨٠ - الطبعة الرابعة .

التعليق على نصوص قانون الاثبات - الطبعة الثانية ١٩٨١ .

مدونة الفقه والقضاء ١٩٥٠ .

- أحمد السيد الصاوي :

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤ .

- طه أبو الخير :  
حرية الدفاع ١٩٧١.
- عبدالباسط جميعي :  
مبادئ المرافعات ١٩٧٤.  
الاساءة في التقاضي، دروس ألقيت على طلبة الدكتوراه بكلية الحقوق  
جامعة عين شمس ١٩٨٠.
- عبد الحكم فودة :  
الطعن بالتزوير في المواد المدنية والجنائية - دراسة تحليلية على ضوء  
أحكام القضاء في تسعين عاماً ١٩٩٣.
- عبد الحميد أبوهيف :  
المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر الطبعة الثانية  
١٩٢١.
- عبدالرزاق السنهوري :  
شرح قانون القضاء المدني - الجزء الثاني ١٩٥٦.
- عبدالرزاق حسين :  
شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه ١٩٩٣ الطبعة  
الأولى.

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

- عبدالسلام ذهني :  
الحقوق فى تفاعلها وتعارضها وأطوارها وضرورة التوازن فيها ١٩٤٥ .  
فى الغش والتدليس والتسجيل ١٩٤٤ - الطبعة الأولى .
- عبدالوهاب محمد :  
الجدول المستمر، مجلة المحاماة ١٩٢٠ السنة الأولى .
- عبدالمنعم الشرقاوي :  
شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥٠ .
- عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة :  
موضوعات علم القضاء والمرافعات فى الفقه الإسلامى - مجلة المحاماة ١٩٩٤ .
- عبدالوهاب العشماوي :  
إجراءات الإثبات فى المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٥ .
- عزمى عبدالفتاح :  
نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدنى ١٩٨٦ .
- على عوض حسن :  
رد ومخاصة أعضاء الهيئات القضائية - الطبعة الأولى ١٩٨٧ .

- عماد النجار :  
في تفسير إجراءات التقاضي - مجلة القضاة ١٩٨٨ .
- عيسوي أحمد عيسوي :  
نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - مجلة العلوم  
القانونية والاقتصادية ١٩٦٣ .
- فتحي والي :  
الوسيط في قانون القضاء المدني ١٩٩١ .  
قانون المرافعات المصري في مائة عام - مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٣ .  
المستحدث في قانون المرافعات وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، مركز  
البحوث والدراسات القانونية ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٩٣ .
- محمد أبو حسان :  
تراث البدو القضائي نظرياً وعملياً - ١٩٧٤ من منشورات دائرة الثقافة  
والفنون .
- محمد حمدي السيد :  
في أسباب كثرة تأجيل القضايا وعلاجها . منشور في كتاب مجموعة  
الأحكام، تعليقاً على أحكام صادرة من المحاكم الأهلية والمختلطة  
والفرنسية، تطبيقاً على القانون المدني وقانون المرافعات ١٩٣٠ .

## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

- محمد شوقي السيد :  
التعسف فى استعمال الحق ١٩٧٩ .
- محمد كمال عبدالعزيز :  
تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الطبعة الثالثة ١٩٩٥ .
- محمد الشيخ عمر :  
قانون الاجراءات المدنية السوداني - الجزء الأول ١٩٨٣ .
- محمد مجدي مرجان :  
ثورة العدالة ١٩٩٤ .
- محمد مصطفى الزحيلي:  
أصول المحاكمات الشرعية والمدنية الطبعة الرابعة ١٩٩٢ .
- محمد وعبد الوهاب عشاوي :  
قواعد المرافعات فى التشريع المصري والمقارن ١٩٥٧ .
- مصطفى مجدي هرجة :  
قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية الجزء الأول ١٩٨٩ .
- نبيل اسماعيل عمر :  
قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤ .  
عدم فعالية الجزاءات الاجرائية فى قانون المرافعات ١٩٨٨ .

إعلان الأوراق القضائية ١٩٨١.

- هشام علي صادق:

المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مجلة المحاماة ١٩٧٠.

- وجدي راغب :

مبادئ القضاء المدني - الطبعة الأولى ١٩٨٧.

دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٦.

- وصفي فيلبس :

قانون المرافعات بين التبسيط والتعقيد - مجلة المحاماة - السنة ٤٣ .

- يوسف قاسم :

التعامل التجاري في ميزان الشريعة - الطبعة الثانية ١٩٩٣.

ثانياً : المراجع الأجنبية :

- **Desdevises (Y)**: l'abus du droit du agir en justice avec succes. Dalloz chr. 1979.
- **Fisselier (A)**: la défense en justice dans le proces civil, thèse, Rennes 1979.
- **Mignon (M)** : les instances actives et passives et la théorie de l'abus du droit, Dalloz. Chr. 1949, p. 183.
- **Miguet. (J)**: immutabilite et evolution du litige. these,



## المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضى

toulouse. 1977.

- **Morel (J)** : les dommages- interêts en cas d'exercice abusif des actions en justice. Thèse. paris, 1910.
- **Normand**: jurisprudence Francaise en matiere de droit judiciaire prive R. T. D. C. 1985.
- **Josserand** : de l'esprit des droits et leur relativité 2 me edit. 1939 .
- **Viatte (J)**: L'amende civile pour l'abus du droit de la plaidier Gazzette du palais 1972.

### ثالثاً : الدوريات ومجموعات الأحكام :

- مجلة المحاماة تصدرها نقابة المحامين بالقاهرة.
- مرجع القضاء- عبد العزيز ناصر.
- مجموعة النقض - يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية.
- مجلة القانون والاقتصاد - يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية : يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- مجلة الحقوق - يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية.



fine except in the two cases of the collapse or rejection of forgery allegation, and due to the division in opinion upon the possibility of imposing a fine upon the party alleging forgery who waives his allegation after lengthy procedures before the law courts, the researcher supports the idea that a fine must be imposed here, even the Egyptian legislator must impose an imprisonment penalty upon the party whose misuse of his rights under the stipulations of law are proved to be for the purpose of harming others.



## المدعى عليه وظاهرة البطلان فى التقاضى

summoned. The researcher also supports the opinion which considers the summoned refusal to receive the summon at his official residence as a "personal summon", demonstrating supporting evidences persuading its validity.

Whith regard to the defendant's misuse of his right in demanding adjournment, the researcher intimated that the increase in adjournment of cases is related to two reasons : (i) the absence of clear legislative policy to draw the route to justice; (ii) litigants, defendants in particuar. In order to prevent cause (ii) the researcher thinks that increasing the amount of fine in the case of either party submitting in the first hearing a document which could have been submitted in the period stipulated under article (65) of Egyptian Procedures Code, if its acceptance results in adjourning the hearing, the court fines him not less than 30 pounds, but not exceeding 1000 poundes.

The researcher assumes that, in respect of defendant's misuse of his right to reject the judge, what encourages the increase of such rejection requests is the worthlessness of the penalty defined by the legislator for non-acceptance, refusal or loss/waiver of right to reject, of the rejection request. To close this cause of adjournment, he prpposes that in above instances the law court imposes afine of not less tham 100 Pounds, but not to exceed 10,000 Pounds, or imprisonment of not less than one week, but not to exceed one month. But if the rejection request was based upon article 148 of the Egyptian procedures Code, the law court must impose both of the fine and imprisonment.

Finally, with regard to defendant's misuse of his right in alleging forgery, the researcher confirms that the majority of appeals due to forgery are of malicious nature, based upon actual confirmations,. Since the legislator did not enforce imposing a

## *Abstract*

### **Defendant, and the Phenomenon of Slackness in Litigation**

*By*

*Dr. Ahmed sedky*

Teacher of Procedure Civil Law - Faculty of Sharia & Law  
United Arab Emirates University

This research tackles a common phenomenon, slackness in litigation, focusing on one of its generators "the defendant" and his role in stirring it up.

The researcher casts the most important forms of defendant's misuse of his right of defense before the first degree law-court, from the moment of informing him of the initiatory summon until the issue of sentence on it, offering the Egyptian legislator a number of suggestions, hoping that by applying them this phenomenon can be eliminated from this source "the defendant".

He also tackles the defendant's misuse of his right of being informed of the procedures, suggesting the necessity of forbidding him from misusing the appeal due to forgery (if the summon is delivered to anyone living with him) as a means of hindering the processing of the case, by making the summoner identify the receiver of the summon via his identity or family card and recording its number and issuing authority in the original summon, and explaining the receiver's relation to the

حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

---

بسم الله الرحمن الرحيم

حق

الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

إعداد

الدكتور علي خطار شطناوي \*

---

\* مدرس بكلية الحقوق بالجامعة الأردنية .



## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

### المقدمة :

يُعد الموظف قبل اكتسابه الصفة الوظيفية مواطناً عادياً مثل غيره من المواطنين، يتمتع بالعديد من الحقوق السياسية التي يمارسها الأفراد العاديون ولكن الصفة الوظيفية تُلزمه دون شك باحترام العديد من الالتزامات التي تجب مراعاتها والتقيّد بها بغية المحافظة على حيده ونزاهته إزاء كافة فئات المتعاملين مع الإدارة وطوائفهم المختلفة وبمواجهة سائر التيارات السياسية الأخرى في الدولة.

ويُعدّ حق الانتماء الحزبي من الحقوق السياسية المقررة للموظفين العموميين في العديد من دول العالم، فقد اعترفت بعض التشريعات للموظف بحق الانتماء الحزبي، ويحق اختيار الحزب الذي يريد الانتماء إليه. وقرر البعض منها ضمانات قانونية تكفل عدم تأثير انتمائه سلباً على حياته الوظيفية. ولكن هذا الحق السياسي المهم مر في المملكة الأردنية بمراحل مختلفة تراوحت ما بين الإباحة والحظر إلى أن تم إقراره مؤخراً لجميع الموظفين العموميين، باستثناء بعض الفئات الوظيفية التي يمارس شاغلوها مهمات يتعين عدم تسييسها، وإبعادهم عن معترك الحياة السياسية مثل القضاة ورجال القوات المسلحة والأجهزة الأمنية المختلفة ورجال الدفاع المدني. وحرص المشرع على حيده العاملين واستقلالهم في هذه المرافق، فقد حظر على الأحزاب السياسية صراحة القيام بأي عمل من أعمال التنظيم والاستقطاب لدى هؤلاء الموظفين. ولكن هذا الحظر التشريعي حظّر مؤقت يقتصر أثره على العاملين في الخدمة الفعلية، وبذا يسترد هؤلاء العاملون كامل حقهم في الانتماء الحزبي بعد إحالتهم إلى التقاعد. ولانبالغ إذا قلنا إنّ قادة الأحزاب السياسية حالياً هم من كبار رجال الإدارة المدنية والعسكرية سابقاً.

فإذا كان الموظف يملك حالياً حق الاشتراك في تأسيس الأحزاب السياسية والانتساب إليها، فإنه ملزم باحترام عدد معين من الواجبات الوظيفية التي لم تظهر أهميتها بعد في الإدارة الأردنية بالنظر لحدثة التجربة الحزبية من جهة، وتغاضي الإدارة وتساهلها مع موظفيها من جهة أخرى. ولكن تجاوزات بعض الموظفين الحزبيين بلغت أحياناً حداً يتعين التنويه عنه؛ شارك بعض الموظفين في الحملات الانتخابية النيابية الأخيرة مستغلين وضعهم ومراكزهم الوظيفية لصالح هذا المرشح أو ذاك دون مراعاة لأي اعتبار وظيفي.

وبالمقابل لاتزال التجربة الحزبية السابقة عالقة في أذهان غالبية الموظفين، فقد اعتبر الانتماء الحزبي نشاطاً يمس أمن المملكة وسلامتها، وبالتالي يبرر إنهاء خدمات الموظف دون مراعاة الضمانات التأديبية المقررة لصالح الموظفين العموميين، فضلاً عن حصانة قرارات الاستغناء عن الخدمة ضد رقابة القضاء الإداري.

وبالنظر لأهمية هذا الموضوع وخطورته نرى دراسته وفق أحكام الخطة الآتية :

المبحث الأول : مشروعية انتماء الموظف إلى الأحزاب السياسية.

المطلب الأول : مشروعية تأليف الأحزاب السياسية وانتماء الموظفين إليها .

المطلب الثاني : حظر الانتماء الحزبي .

المطلب الثالث : مرحلة إباحة الانتماء الحزبي الثانية .

المبحث الثاني : واجبات الموظف العام المنتمي حزبياً .

المطلب الأول : واجب التحفظ في الحياة السياسية .

المطلب الثاني : واجب الحياد الوظيفي .



## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

### المبحث الأول

#### مدى مشروعية انتماء الموظف للأحزاب السياسية

تتباين التشريعات الوظيفية في موقفها في مدى مشروعية انتماء الموظفين للأحزاب السياسية. فهناك بعض التشريعات التي تحظر على موظفي الإدارة الانتساب لبعض الأحزاب السياسية؛ كالحزب الشيوعي والتنظيمات النازية والفاشية، ومن أمثلتها تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية وكندا. وتحظر تشريعات أخرى الانتماء للأحزاب السياسية ذات التنظيمات العسكرية أو شبه العسكرية، وتبيح بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي الانتماء لأي حزب سياسي مشروع.

وإذا كانت بعض التشريعات الوظيفية كالتشريع الانجليزي لا تحظر على موظفي الإدارة العامة الانتماء للأحزاب السياسية، إلا أنه يلزمهم بالابتعاد عن كل ما من شأنه النيل من حيديتهم ونزاهتهم وموضوعيتهم الوظيفية. كما لوحظ ميل واضح في بريطانيا منذ أوائل الخمسينيات باستبعاد المنتسبين للحزب الشيوعي من تولي بعض المناصب الأمنية<sup>(١)</sup>.

وقنح بعض التشريعات الوظيفية ضمانات قانونية تكفل حماية حق الموظف في الانتماء الحزبي، فلا يجوز وفق أحكام نظام الخدمة المدنية الفرنسي أن يتضمن الملف الوظيفي أية إشارة أو بيانات لآراء الموظف السياسية أو معتقداته الفلسفية أو

Salon et V. Slivera : la fonction publique et ses problemes actuels, A.J.D.A., (١)  
1976. op. cit. p138.

الدينية . وعليه يؤدي تضمن الملف الوظيفي لأية إشارة إلى عدم مشروعية الجزاءات التأديبية الموقعة بحق الموظف ما لم يكن لها أي تأثير على ايقاع العقوبة التأديبية<sup>(١)</sup> . كما لا يجوز الاستناد للمعتقدات السياسية أو الدينية لاستبعاد الشخص من التقدم لمسابقة الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة<sup>(٢)</sup> ، أو رفض ترقية أحد الموظفين<sup>(٣)</sup> ، أو إجراء تأديبي بحق الموظف، فلا يُعد انتماء مدير إحدى الأكاديميات إلى الحزب الشيوعي مخالفة مسلكية تستحق العقاب<sup>(٤)</sup> .

وترتبط مشروعية انتماء الموظفين العموميين إلى الأحزاب السياسية بمشروعية تأسيس الأحزاب نفسها . فقد التزم دستور المملكة الصمت حيال حق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها . فقد نصت المادة (١١) من دستور المملكة الأول لعام ١٩٢٨ « لجميع الأردنيين الحرية في الإعراب عن آرائهم ونشرها وأن يعقدوا الاجتماعات معاً وأن يؤلفوا الجمعيات ويكونوا أعضاء فيها طبقاً لأحكام القانون » هكذا قصر الدستور حق تأليف التنظيمات الجماعية على الجمعيات فقط، وهي التي تهدف إلى تحقيق غايات اجتماعية وثقافية .

ولم يتغير الوضع بعد صدور دستور ١٩٤٧ الذي لم يحدث أي تغيير يذكر في مجال تأليف الأحزاب السياسية فقد نصت المادة ١٨ « للأردنيين حق الاجتماع وتكوين الجمعيات في حدود القانون » ولكن هذا الدستور لم يعمر طويلاً .

C.E : 8/6/1972 A. J. D. A, 1962, P413.

(١)

C.E : 28/5/1954, Rec, p308.

(٢)

C.E : 24/3/1963, A. J. D. A., 1963, p.698

(٣)

C.E : 1/10/1954, Rec, p 496 .

(٤)

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

وبدأ التغيير المنشود بصدر دستور المملكة الثالث لعام ١٩٥٢. فتنبص الفقرة (٢) من المادة (١٦) « للأردنيين الحق في تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور » وتضيف الفقرة الثالثة « ينظم القانون طريقة تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية ومراقبة مواردها المالية ».

ويستفاد من الأحكام السابقة أن تأليف الأحزاب السياسية حق دستوري مقرر للمواطنين كافة بلا استثناء، فهو حق مقرر بصلب الدستور، ويتمتع بقيمة القواعد الدستورية التي تسمو على غيرها من القواعد القانونية في هرم تدرج القواعد القانونية. كما يتعين لمشروعية الحزب أن تكون غاياته مشروعة، أي أن تكون أهدافه وغاياته مشروعة ومتفقة وأحكام القانون بالمعنى الواسع، ويتم تقدير هذه الأهداف في ضوء القواعد القانونية وقت إجراء التقدير. وينظر المشرع الدستوري الأردني بحساسية بالغة لموضوع تمويل الأحزاب السياسية بالنظر لخطورة التمويل المالي الخارجي على الولاء والانتماء السياسي للأحزاب وتدخل الدول الأجنبية في سير حياة المملكة السياسية.

وإذا كان الدستور الأردني يعترف للأردنيين بحق تأليف الأحزاب السياسية، إلا أنه يقر في الوقت نفسه أنه حق مقيد وليس مطلقاً، وبذا يقيد هذا الحق الدستوري بعدة قيود بإحالة الدستور إلى البرلمان لبيانها.

وعليه مرت مشروعية تأليف الأحزاب السياسية، وبالتالي انتماء الموظفين إليها بثلاث مراحل مختلفة هي مرحلة الإباحة ومرحلة الخطر ومرحلة الإباحة الثانية.

## المطلب الأول

### مشروعية تأليف الأحزاب السياسية وانتماء الموظفين إليها

تبدأ هذه المرحلة منذ تأسيس المملكة حتى صدور قرار الحاكم العسكري العام سنة ١٩٥٧ بحل الأحزاب السياسية كافة. فلم يؤثر خلو الدستورين الأول والثاني من أي نص على حق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية وانتساب الموظفين إليها؛ إذ أنشئت العديد من الأحزاب السياسية في تلك الفترة من حياة المملكة الحزبية، فقد تم تشكيل حزب الشعب الأردني عام ١٩٢٧، وحزب اللجنة التنفيذية للمؤتمر الوطني عام ١٩٢٩، وحزب التضامن الأردني عام ١٩٣٣، وحزب اللجنة التنفيذية لمؤتمر الشعب الأردني العام سنة ١٩٣٣، وحزب الإخاء الأردني عام ١٩٣٧، والحزب العربي الأردني عام ١٩٤٦، وحزب الشعب الأردني عام ١٩٤٧، وحزب النهضة العربية عام ١٩٤٧، وحزب الاتحاد الوطني عام ١٩٥٢<sup>(١)</sup>.

وأقر المشرع الأردني بمشروعية تأليف تلك الأحزاب السياسية، فقد نصت المادة ١٢ من قانون الأحزاب السياسية الثاني رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥ على أن تعتبر جميع الأحزاب السياسية التي تعمل في المملكة عن نفاذ هذا القانون قائمة وتستمر في نشاطها الحزبي، وهو إقرار بمشروعية تأليف الأحزاب السياسية. كما أن الانتساب إليها كان مفتوحاً للمواطنين كافة بما فيهم الموظفين العموميين رغم أن المادة ٤٥ من النظام الأول للخدمة المدنية الأردني لعام ١٩٢٦ تحظر على الموظفين العموميين الانتماء الحزبي " يجب أن لا يكون موظف أو مستخدم الحكومة عضواً في أية لجنة

(١) انظر الدكتور حسين أبو عرابي، الأحزاب والحياة النيابية في الأردن، رسالة مجلس الأمة الأردني، المجلد الأول، العدد السادس، كانون الأول، ١٩٩٣م، ص ٢.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

أو جمعية ذات صبغة سياسية، وينبغي عليه أن لا يؤسس أو يشترك في أي اجتماع أو مظاهرة أو احتفال ذي صبغة سياسية أو يرمي إلى غايات سياسية أو يشتغل بأي شكل من الأشكال في دعاية (بروباجاندا) سياسية. وكل مخالفة لهذا النظام تعرض الموظف أو المستخدم للعزل". فقد تساهلت الحكومة كثيراً إزاء انتساب الموظفين إلى الأحزاب السياسية، بل إن قادة الأحزاب السياسية كانوا من كبار رجال الإدارة العامة<sup>(١)</sup>.

وبناءً عليه اضطر المشرع إلى إغفال هذا الحظر التشريعي في نظام الخدمة المدنية الثاني لعام ١٩٤٩، قد حظرت المادة ٤٤ من النظام رقم ١ لسنة ١٩٤٩ الاشتراك في الاجتماعات والمظاهرات ذي الصبغة السياسية ضد الحكومة " يجب أن لا يؤسس الموظف أو يشترك في أي اجتماع أو مظاهرة أو احتفال ذي صبغة سياسية ضد الحكومة أو يرمي إلى غايات سياسية أو يشتغل بأي شكل من الأشكال بدعاية سياسية ضد الحكومة وكل مخالفة لهذه المادة تعرض الموظف للمسؤولية".

وتطبيقاً لأحكام المادة ١٦ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ أصدر المشرع الأردني قانون الأحزاب الأول رقم ٣ لسنة ١٩٥٤ الذي تم إلغاؤه بعد مرور عام واحد على تطبيقه وحل محله قانون الأحزاب الثاني رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥. فأعادت المادة الثالثة من هذا القانون التذكير على حق الأردنيين بتأليف الأحزاب السياسية " للأردنيين حق تأليف الأحزاب السياسية على أن تكون غاياتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور". ولكن المشرع الأردني قد أخضع تأسيس الأحزاب السياسية لنظام الترخيص المسبق.

(١) انظر الدكتور حسين أبو عرابي: المرجع السابق.

فيقدم طلب تأليف الحزب السياسي إلى وزير الداخلية بواسطة متصرف اللواء الذي يكون فيه مركز أعماله الرئيسي ويرفق به أربع نسخ من النظام الأساسي للحزب المزمع تأليفه ويعين فيه محل التبليغ وعلى المتصرف أن يرفع الطلب إلى الوزير مبيناً رأيه في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ استلامه، وعلى الوزير أن يرفعه مشفوعاً بتوصياته إلى رئيس الوزراء في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إليه لعرضه على مجلس الوزراء<sup>(١)</sup>.

هكذا أناط المشرع الأردني صلاحية ترخيص تأليف الأحزاب السياسية بأعلى سلطة إدارية في الدولة، فلمجلس الوزراء أن يمنح أو يرفض الترخيص ويكون قراره قطعياً<sup>(٢)</sup>. فيمنح مجلس الوزراء الترخيص بتأليف الحزب إذا كان مستوفياً لجميع الشروط الشكلية والموضوعية السابقة. كما يملك بداهة رفض الترخيص دون أن يكون ملزماً بتسبب قرارات الرفض رغم ما تنطوي عليه هذه الشكلية من أهمية بالغة.

ولاشك أن قرارات رفض ترخيص الأحزاب السياسية قرارات إدارية يمكن مخاطمة مشروعيتها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، كما أن محكمة العدل العليا فسرت اصطلاح القطعية التي أضفاها المشرع على قرارات ترفض الترخيص وضع لمدارج التظلم الإداري فقط، وليس استبعاد الرقابة القضائية عليها<sup>(٣)</sup>. لهذا

(١) المادة ٥ من قانون الأحزاب السياسية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٥.

(٢) المادة ٥ من قانون الأحزاب السياسية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٥.

(٣) عدل عليا : ١٩٨٢/٣/١٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، وعدل عليا ١٩٨٢/٣/٨، مجلة نقابة المحامين

١٩٨٢، ص ٢٧٤، وعدل عليا ١٩٧٥/٤/٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص ٨٥٩، وعدل عليا، ١٩٧٥/٣/١٧،

مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص ٥٧٧.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

قضت المحكمة بعدم مشروعية أسباب رفض تأسيس حزب البعث « نرى أن هذه العبارات التي استند إليها وكيل الحكومة لاتدل بشكل من الأشكال على أن أهداف الحزب المذكور هي مقاومة نظام الحكم القائم وكيان الدولة، فقد نصت المادة الأولى من دستور المملكة على أن الشعب الأردني جزء من الأمة العربية كما أن كلمة (النضال) الواردة في نظام الحزب لاتفيد معنى (استعمال وسائل العنف) بل على العكس من ذلك فإن نظام الحزب ذاته قد أوضح المعنى الذي يقصده من هذا التعبير، إذ صرحت المادة الرابعة منه بأن الوسائل التي سيسلكها الحزب لتحقيق أهدافه ومبادئه هي الوسائل السلمية المشروعة ولانجد في نصوص النظام الأخرى مايمكن الاستناد إليه في تفسير هذا التعبير تفسيراً معاكساً»<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه لايعد انتساب الموظفين العموميين إلى الأحزاب السياسية مخالفة مسكلية تستحق العقاب التأديبي، فلم نجد في اجتهاد محكمة العدل العليا أية أحكام قضائية تعالج هذه المسألة. ولكن المشرع الأردني جرم<sup>(٢)</sup> الانتساب إلى الحزب الشيوعي واعتبرها جريمة جنائية<sup>(٣)</sup>.

(١) عدل عليا : ١٩٥٥/٨/٢٩، مجلة نقابة المحامين، ١٩٥٥، ص٤٣.

(٢) قانون مقاومة الشيوعية رقم ٩١ لسنة ١٩٥٣.

(٣) تنص المادة ٣ من قانون مقاومة الشيوعية " يعاقب بالأشغال المؤقتة كل من انتسب لهيئة شيوعية. وشغل وظيفة أو منصباً في أية هيئة شيوعية أو عمل كمعتمد أو مندوب لها. ودعا للشيوعية بالخطابة أو الكتابة أو التصوير أو بأية وسيلة أخرى مباشرة أو بالواسطة. ونشر أو طبع أو عرض للبيع أي كتاب أو كراس أو نشرة لأية هيئة مباشرة أو بالواسطة وهو يعلم أنها شيوعية أو تنتمي لأية منظمة شيوعية. ووجد في حوزته أي كتاب أو كراس أو نشرة وهو يعلم أنها تدعو للشيوعية أو تروج لها إلا إذا كانت الحيازة لأغراض مشروعة. ودفع تبرعات أو اشتراكات أو إعانات مباشرة أو بالواسطة لأية هيئة وهو يعلم أنها شيوعية أو تنتمي لأية منظمة شيوعية. وأجر مسكناً أو هياً مخبأ لأي شخص أو أشخاص من الشيوعيين أو ساعدهم بأية وسيلة أخرى.

ويقصد بالشيوعية الدعوة لاستبدال النظم القائمة بحكم الدستور في المملكة الأردنية الهاشمية بالنظم القائمة في الدول الشيوعية التي تستهدف قيام الدكتاتورية الطبقية . وتشمل دعوة حركة أنصار السلام العالمي أيضاً عندما ينطبق التعريف على هذه الدعوة .

وعليه يعد انتساب الموظف إلى الحزب الشيوعي جريمة جنائية وتأديبية . فقد قضت محكمة العدل العليا « إن المستدعي يعمل لصالح الحزب الشيوعي وإن السلطات المختصة اشتبهت اشتباهاً معقولاً بأن له علاقة بتوزيع نشرات معادية قرب دائرة الإحصاءات العامة »<sup>(١)</sup> .

### المطلب الثاني

#### حظر الانتماء الحزبي

مُنحت الإدارة بمقتضى قانون الأحزاب السياسية صلاحية حلها ، فقد حددت المادة العاشرة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥ حالات الحل على سبيل الحصر ، فلمجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير الداخلية أن يقرر حل الحزب إذا اقتنع أن غايته لم تعد مشروعة أو أن وسائله لم تعد سلمية أو أن أنظمتها أصبحت مخالفة لأحكام الدستور . وإذا خالف نظامه الأساسي . وإذا قدم للمراجع الرسمية المختصة بيانات غير صحيحة . وإذا تلقى أو كان يتلقى أية إعانات مادية أو معنوية من أية جهة

---

(١) عدل عليا : ١٩٥٩/٣/٢٩ ، مجل نقابة المحامين ، ١٩٥٩ ، ص ٨٥ .



## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

أجنبية. وإذا خالف أي حكم من أحكام قانون الأحزاب<sup>(١)</sup>.

ولم يكتف المشرع الأردني بتلك الحالات الواسعة والفضفاضة، بل إنه أضفى على عكس قانون الأحزاب الأول لعام ١٩٥٤<sup>(٢)</sup> حصانة تشريعية على قرارات مجلس الوزراء بحل الأحزاب « قرارات مجلس الوزراء الصادرة بموجب هذا القانون نهائية وغير خاضعة للطعن لدى أي مرجع آخر »<sup>(٣)</sup>. وهو الحل العام الذي جاء بعد عامين فقط من تطبيق قانون الأحزاب السياسية لعام ١٩٥٥، فبعد مرور سنتين فقط أصدر الحاكم العسكري العام أمراً في ١٩٥٧/٤/٢٧ بحل جميع الأحزاب السياسية وحظر نشاطها الحزبي « عملاً بالصلاحية المخولة إلى في المادة ٢ من تعليمات الإدارة العرفية رقم ١ لسنة ١٩٥٧ وقانون الدفاع لسنة ١٩٣٥ أمر بحل جميع الأحزاب السياسية التي تألفت في المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى قرار مجلس الوزراء الأسبق وأية لجان فرعية تابعة لها في الأحياء والقرى واعتبار ذلك لاغياً اعتباراً من هذا اليوم في ٢٧ نيسان سنة ١٩٥٧ ».

(١) كان قانون الأحزاب السياسية الأول لعام ١٩٥٤ يميز بين توقيف نشاط الحزب وحله، فهما مرحلتان متتاليتان فيجوز لمجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير أن يأمر بوقف نشاط أي حزب إذا اقتنع :

١- أن غايته لم تعد مشروعة أو أن وسائله لم تعد سليمة أو أن أنظمتها أصبحت تخالف أحكام الدستور. ٢- إذا خالف نظامه الأساسي ٣- إذا قدم للمراجع الرسمية المختصة بموجب هذا القانون بيانات غير صحيحة ٤- إذا تلقى أو كان يتلقى أية إعانات من أية جهة أجنبية ٥- إذا خالف بوجه الاجمال أي حكم من أحكام هذا القانون ( المادة ٩ من قانون الأحزاب رقم ٣ لسنة ١٩٥٤ ). وتنص الفقرة (د) من المادة ٩ لمجلس الوزراء في حالة رد المحكمة اعتراض الحزب السياسي أو عدم اعتراضه ضمن المدة القانونية أن يقرر حل الحزب.

(٢) تنص الفقرة ب من المادة ٩ من قانون الأحزاب رقم ٣ لسنة ١٩٥٤ يرسل أمر التوقيف بواسطة المتصرف لمركز الحزب الرئيسي في غضون ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، وللحزب أن يعترض عليه لدى محكمة التمييز بوصفها محكمة عدل عليا في غضون شهر من تسلمه هذا الأمر ويكون قرار تلك المحكمة نهائياً.

(٣) المادة ١٠ من قانون الأحزاب السياسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥. ولمزيد من التفاصيل حول تحصين القرارات الإدارية، انظر الدكتور علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، إريد، ١٩٩٥، ص ١٢٦ وما بعدها.

وقيل في تبرير حل الأحزاب السياسية وتجميد نشاطها العديد من المبررات التي تراوحت بين التأييد والمعارضة . ولكن هذا الأمر أثر تأثيراً بالغاً على الحياة السياسية الأردنية، فانتقلت الأحزاب السياسية المنحلة إلى العمل السري .

### مدى دستورية حل الأحزاب السياسية :

تعرض الفقه الأردني لدستورية قرار حل الأحزاب السياسية كافة . فذهب الدكتور محمد الغزوي إلى الإقرار بمشروعية حل الأحزاب السياسية من الناحيتين السياسية والقانونية . فمن الناحية القانونية يقول « إن الحق في تأليف الأحزاب السياسية كغيره من الحقوق ليس حقاً مطلقاً، بل هو مقيد سواء من حيث الغاية بأن تكون مشروعة ولا تهدد الأمن والنظام العام أو الوسائل التي تتبعها الأحزاب لتحقيق أهدافها سلمياً لا بالعنف والقوة، أو الموارد المالية تكون مراقبة كما قررت المادة ١٦ من الدستور والمادة ٣ من قانون الأحزاب السياسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥ » . ويضيف قائلاً ولكن في غالب الأحيان لا تكفي هذه القيود فتعجز الدولة عن مقاومة الأساليب المتلوية التي تلجأ إليها الأحزاب فعندئذٍ يصبح من حق الدولة لا بل من واجبها أن تحل الأحزاب السياسية وتعطل تكوينها » . ومن الناحية السياسية يقول « نستطيع أن نقول بأن السلطة التنفيذية أصابت في حلها للأحزاب السياسية، ومن ناحية أخرى فإن من البين أن قرار مجلس الوزراء السالف الذكر بحل الأحزاب السياسية اقتصر آثاره على منع ممارسة الأحزاب لنشاطها بشكل علني، وظلت من حيث الواقع تمارس نشاطها بشكل سري »<sup>(١)</sup> .

(١) الدكتور محمد الغزوي، نظرات حول ركائز الديمقراطية الأردنية، وبخاصة المادة ١٦ من دستور ١٩٥٢، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد العشرون (أ) ملحق ١٩٩٣، ص ٦٠٠ .

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

ونحن لانوافق على هذا الرأي، ونرى أن قرار حل الأحزاب السياسية مخالف للدستور ابتداءً، فلا يمكن أن تكون جميع الأحزاب السياسية قد خالفت الأحكام الواردة في الدستور وقانون الأحزاب السياسية خصوصاً أن قرارات الحل كانت محصنة ضد رقابة القضاء. لهذا نرى في هذا القرار العام مصادرة حق قرره الدستور لجميع الأردنيين، فتجميد تأليف الأحزاب مصادرة صريحة ومباشرة لحق دستوري، لاتمكن الحكومة تقييده ومصادرته كلياً.

وأياً كان رأينا حول دستورية حل الأحزاب السياسية، فقد أصبح انتساب الموظف للأحزاب السياسية التي انتقلت بعد الحظر إلى العمل السري مخالفة مسلكية تبرر الاستغناء عن خدماته، فقد أصدرت السلطة التنفيذية في فترة إعلان الأحكام العرفية الأولى<sup>(١)</sup> لعام ١٩٥٧ تعليمات الإدارة العرفية رقم ٢ لسنة ١٩٥٧ « بالرغم مما جاء في أي قانون أو نظام آخر لمجلس الوزراء فيما يتعلق بموظفي الصنف الأول وللوزير المختص فيما يتعلق بموظفي الصنف الثاني أن يقرر الاستغناء عن خدمة أي موظف من موظفي الحكومة إذا اقتنع بأن لذلك الموظف أي نشاط حزبي أو ارتباط بأي حزب من الأحزاب السياسية المنحلة أو غير المرخصة، على أن يقترن قرار مجلس الوزراء فيما يتعلق بموظفي الصنف الأول بتصديق جلالة الملك ويعتبر القرار الصادر بمقتضى هذه المادة غير قابل للطعن بأية صورة كانت ».

(١) أعلنت الأحكام العرفية لأول مرة في الأردن بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٥ وأنهت بعد مرور عام على إعلانها، وذلك بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٠ تاريخ ١٩٥٨/١١/١٩. وأعلنت مرة ثانية بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٢٥٤ تاريخ ١٩٦٧/٦/٥ وأنهت بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٩٧٠ تاريخ ١٩٩٢/٣/٢٤.

واستخدمت الإدارة في فترة إعلان الأحكام العرفية الثانية لعام ١٩٦٧ صلاحيتها المستمدة من تعليمات الإدارة العرفية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠ لموظفي الحكومة في المملكة الأردنية الهاشمية لإنهاء خدمات أي موظف ينتسب إلى حزب سياسي . وتنص المادة الثالثة من هذه التعليمات «بالرغم مما جاء في أي قانون أو نظام آخر يحق للحاكم العسكري العام (رئيس الوزراء) أن يقرر عزل أي موظف إذا اقتنع بأن له نشاطاً يمس أمن الدولة الداخلي أو الخارجي بدستورها أو نظام الحكم فيها»<sup>(١)</sup> . وتحصن المادة الرابعة قرارات العزل ضد رقابة القضاء «القرارات التي يصدرها الحاكم العسكري بمقتضى هذه التعليمات لاتخضع للطعن أمام أية محكمة من المحاكم أو أي مرجع إداري آخر» .

فإذا أصبح انتساب الموظفين العموميين للأحزاب السياسية بعد حلها وحظر نشاطها مخالفة مسلكية، فإن الإدارة لجأت إلى إنهاء خدمات الموظف استناداً لتعليمات الإدارة العرفية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠، بدلاً من تحريك الإجراءات التأديبية بحقه . فقد اختارت الإدارة الطريق الأسهل، وحرمت الموظفين من الضمانات التأديبية التي تقررها أنظمتهم الوظيفية لصالحهم . ولكن القضاء الإداري الأردني لم يقف مكتوف الأيدي رغم قوة السلطة التنفيذية طيلة فترة إعلان الأحكام العرفية في المملكة وهيمنتها التامة على نواحي الحياة كافة . فقد بذلت محكمة العدل العليا جهوداً تستحق الشكر نظراً للمعطيات السابقة .

(١) تعني كلمة (موظف) حيثما وردت في هذه التعليمات موظفي الوزارات والدوائر والمؤسسات والقوات المسلحة والأمن العام وكافة المصالح العامة والهيئات الرسمية التي للحكومة أو لرئيس الوزراء حق الإشراف عليها ولو كانت تتمتع باستقلال ذاتي حسب القانون المؤسسة بموجبه .

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

فقد أقرت محكمة العدل العليا بحقتها في رقابة الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني. فقد قضت « ماورد بالخطبة التي ألقاها المستدعي ظهر يوم الجمعة ١٩٨٨/٨/٤، هي السبب لعزله فلا تتضمن مايمكن أن يقال عنه أنه مشمول بعبارة نشاط يمس بأمن الدولة الداخلي، ولايمس هذا القول أمن الدولة بالمعنى المقصود بالمادة الثالثة من تعليمات الإدارة العرفية لموظفي الحكومة وكل ماورد فيها كما ترى المحكمة استعراضاً لمعاناة أهلنا بالضفة الغربية وما يقاسونه من شظف العيش ويتعرضون له من سلطات الاحتلال الاسرائيلي مشيراً إلى من استشهدوا وأصيبوا بجروح وزادهم فك الارتباط معاناة بفصل ٢٤ ألف موظف فقدوا رواتبهم التي كانوا يتقاضونها من الحكومة الأردنية ينفقونها على عائلاتهم، وعليه يكون الدفع بعدم قبول الدعوى غير وارد والقرار المطعون فيه مخالف للقانون لعدم قيامه على السبب المبرر لإصداره»<sup>(١)</sup>.

ووقفت محكمة العدل العليا موقفاً مشرفاً من اعتراض الأجهزة الأمنية من تعيين بعض الأفراد في الوظيفة العامة بحجة ممارستهم نشاطات سياسية. فقد قضت « لا يوجد نص في نظام الخدمة المدنية يقضي بلزوم موافقة مديرية المخابرات العامة على تعيين الموظفين العامين في الدولة ذلك أن وظيفة المخابرات العامة قد حددها قانونها رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٤ وليس من عداد وظائفها الموافقة على تعيين الموظفين العامين ولهذا يكون القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون»<sup>(٢)</sup>.

(١) عدل عليا : ١٩٨٩/١٢/١٧، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩١، ص ٨٠٨، وعدل عليا، ١٩٨٩/٢/١٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٩١، ص ٨١٥.

(٢) عدل عليا : ١٩٨٨/٤/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص ١٥٢٩.

وتبنت الموقف نفسه إزاء اعتراض دائرة المخابرات العامة على اتخاذ بعض القرارات الوظيفية، فقد قضت بعدم مشروعية قرار فقدان الوظيفة الصادر بسبب اعتقال الموظف العام من دائرة المخابرات العامة « فالاعتقال من السلطة الإدارية لا يكفي وحده للدلالة على سوء السلوك مالم يتبين أنه قد أجريت تحقيقات أو محاكمات وظهر منها أن المعتقل قد قام بفعل من الأفعال المحظورة التي تتنافى مع السلوك الحسن هو أمر غير متوافر بحق المستدعي؛ إذ لم يرد في الملف ما يفيد إجراء ذلك، وكل ماورد في الملف بهذا الشأن هو كتاب مدير المخابرات العامة المتضمن أن الاعتقال كان لغرض التحقيق ليس إلا دون بيان أية تهمة مسندة للمستدعي»<sup>(١)</sup>. كما قررت عدم مشروعية رفض السلطة الإدارية إعادة الموظف الفاقد لوظيفته لعدم موافقة دائرة المخابرات العامة « وحيث أن الوزير المختص مقتنع بمعذرة المستدعي إلا أنه لم يتمكن من إعادته إلى وظيفته لأن مديرية المخابرات العامة لم توافق على ذلك. وحيث أن موافقة مديرية المخابرات العامة لاتعتبر مبرراً لرفض إعادة المستدعي إلى وظيفته مادام قد ثبت أن تغيبه كان لعذر ولسبب لايد له فيه. ولذلك يكون استناد وزير التربية والتعليم إلى رأي مدير المخابرات العامة في رفض إعادة المستدعي لوظيفته لا يستند إلى أساس قانوني سليم»<sup>(٢)</sup>.

(١) عدل عليا : ١٩٧٢/٢/١٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص ٣٢٦.

(٢) عدل عليا : ١٩٧٧/٩/١٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧، ص ١٣٨٨.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

### المطلب الثالث

#### مرحلة إباحة الانتماء الحزبي الثانية

بعد عودة الحياة النيابية في المملكة وإجراء الانتخابات البرلمانية عام ١٩٨٩ لاختيار أعضاء مجلس النواب، ارتأى المشرع الأردني وبحق أن الحياة النيابية الجديدة لاتستقيم إلا بالأحزاب السياسية ذات البرامج السياسية الواضحة المعالم والحدود . لهذا أصدرَ قانون الأحزاب السياسية الثالث رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢ الذي قرر حق الأردنيين في تأليف الأحزاب والانتساب الطوعي إليها . فذلك مجرد تكرار للأحكام الواردة في المادة ١٦ من الدستور، لكنه أخضع تأليف الأحزاب السياسية لنظام الترخيص المسبق مع تقييد صلاحية وزير الداخلية كما سنرى لاحقاً.

ويستلزم المشرع الأردني لتأليف الأحزاب السياسية العديد من الشروط، فيجب أن لا يقل عدد الأعضاء المؤسسين لأي حزب سياسي عن خمسين شخصاً ممن تتوافر فيهم العديد من الشروط يعيننا منها شرطان هما : أن لا يكون العضو المؤسس من المنتسبين للقوات المسلحة الأردنية أو الأجهزة الأمنية أو الدفاع المدني، وأن لا يكون قاضياً.

وبناءً عليه يملك الموظفون العامون الإسهام في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها، ويشمل اصطلاح الموظف العام جميع العاملين في الجهاز المركزي ( الوزارات والدوائر التابعة لها ) وموظفي الهيئات اللامركزية سواء أكانت هيئات إقليمية ( المجالس البلدية والقروية ) أم هيئات مصلحة (مؤسسات عامة)، فقد اعتبرهم القضاء الإداري الأردني موظفين عموميين، فلم يفرق بين المؤسسات العامة

الإدارية والمؤسسات العامة الاقتصادية<sup>(١)</sup> .

واستثنى المشرع الأردني من حق الانتماء الحزبي فئتين وظيفيتين هما : المنتسبون للقوات المسلحة الأردنية والأجهزة الأمنية والدفاع المدني، وبذا يشمل هذا الحظر جميع العاملين في القوات المسلحة البرية والجوية والبحرية، والأجهزة الأمنية المختلفة كالأمن العام والمخابرات العامة والدفاع المدني أياً كانت رتبهم ومراتبهم العسكرية (جنود وضباط وصف) لكنه لا يشمل بداهة وزير الدفاع<sup>(٢)</sup> باعتباره سياسياً وجزءاً لا يتجزأ من كيان الحكومة، فهو منصب سياسي وليس عسكرياً، وقد جرى العرف الدستوري في الأردن على أن يسند منصب وزارة الدفاع إلى رئيس الوزراء .

ويستثنى من حق الانتماء الحزبي القضاة وهم قضاة المحاكم النظامية والعدل العليا وممثلو النيابة العامة لدى تلك المحاكم ووكيل وزارة العدل العليا وقضاة التشريع والتفتيش وأي قاضٍ يعود أمر تعيينه للمجلس القضائي<sup>(٣)</sup> . كما يشمل أيضاً قضاة المحاكم الشرعية والمحاكم الخاصة وأعضاء مجالس الطوائف المالية، وعليه يخرج من نطاق هذا الحظر التشريعي وزير العدل باعتباره منصباً سياسياً، وقاضي القضاة باعتباره موظفاً عاماً يخضع لنظام الخدمة المدنية، وكتبة المحاكم النظامية والشرعية والمحضرين، وجميع العاملين الإداريين في وزارة العدل باستثناء

(١) انظر الدكتور علي خطار: تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني، العدد الثاني ١٩٢٠، ص ١٤٩.

(٢) يرى جانب من الفقه أن الحظر السابق يشمل منصب وزير الدفاع يقول الدكتور الغزوي « كما نرى فيها ما يثير التساؤل فهل عبارة (الانتساب للقوات المسلحة) تتسع للقول بعدم جواز العضوية في أي حزب سياسي لوزير الدفاع؟ اعتقد بأنها تتسع » . المقال السابق الإشارة إليه .

(٣) انظر المادة ٢ من قانون استقلال القضاء رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ .



## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

الأمين العام للوزارة.

وتتجلى حكمة الحظر التشريعي السابق في حرص المشرع الأردني على عدم تسييس القوات المسلحة والأجهزة الأمنية والدفاع المدني والقضاة، والمحافظة على استقلال العاملين في هذه المرافق المهمة وحيادهم وأبعادهم عن الصراعات والتحيزات السياسية في الدولة. كما حظر الشارع على الأحزاب السياسية أيضاً القيام بأي عمل من أعمال التنظيم والاستقطاب الحزبي في صفوف القوات المسلحة وأجهزة الأمن والدفاع المدني والقضاء أو إقامة تنظيمات عسكرية أو شبه عسكرية بأية صورة من الصور.

ونرى أن الحظر التشريعي السابق سليم ومنطقي بالنظر لما ينطوي عليه الاتجاه المغاير من نتائج خطيرة على أمن الدولة وسلامتها. فقد أثبتت التجربة العملية في الدول ذات الجيوش الحزبية ازدياد حدة الانقلابات العسكرية وكثرتها ودمويتها. فضلاً عن ضعف تلك الجيوش وعدم فعاليتها لتقديمها اعتبارات الانتماء الحزبي والولاء السياسي المطلق للحزب على اعتبارات الكفاءة والجدارة، فقد أنيط بالقادة العسكريين مناصب قيادية ليسوا أهلاً لها.

وفضلاً عن ذلك يقتصر الحظر التشريعي على الموظفين في الخدمة فقط، وبذا يسترد الموظفون المتقاعدون كامل حريتهم في تأسيس الأحزاب السياسية والانتساب إليها والمشاركة في نظامها الحزبي. وعليه يكون حظر الانتماء الحزبي على العاملين في مرفق الدفاع والأمن والقضاء حظراً مؤقتاً وليس دائماً. كما أنه لا يشمل وزراء الداخلية والدفاع والعدل باعتبارهم عناصر سياسية، فهم جزء من الحكومة القائمة

ومسؤولون مسؤولية تضامنية مع بقية الوزراء عن سياستها العامة أمام البرلمان والرأي العام بجانب مسؤوليتهم الفردية .

وتأكيداً لحق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية أياً كانت عقيدتها السياسية أصدر المشرع القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٢ لإلغاء قانون مقاومة الشيوعية رقم ٩١ لسنة ١٩٥٣ . وعليه لم يعد انتساب الموظف إلى الحزب الشيوعي جريمة جنائية كما كان الوضع سابقاً . فللموظف العام حق الانتماء إلى أي حزب سياسي يشاء شريطة أن يكون هذا الحزب مشروعاً .

ومن منطق الحرص على ضمان حق الأردنيين في الأحزاب السياسية والانتساب إليها ، فقد أحاط مرحلة التأسيس بضمانات قانونية تكفل عدم إساءة استخدام صلاحية ترخيص الأحزاب . فيعلن الوزير (وزير الداخلية) عن تأسيس الحزب في غضون سبعة أيام بعد انقضاء ستين يوماً على تاريخ تبليغ الإشعار بتسلم طلب التأسيس ، أو في غضون خمسة عشرة يوماً من تاريخ الإشعار بتسلم الايضاحات والوثائق والبيانات التي حددها القانون وينشر الإعلان في الجريدة الرسمية .

وبناءً عليه يتعين أن تكون طلبات تأسيس الأحزاب السياسية مستوفية للشروط القانونية . فإذا نقص عدد الأعضاء المؤسسين عن خمسين عضواً لأي سبب من الأسباب ، قبل الإعلان عن التأسيس ، اعتبر الطلب المقدم لاغياً . لهذا تقتصر صلاحية وزير الداخلية في مجال تأسيس الأحزاب على مجرد التحقق والتثبت من توافر واستيفاء الشروط القانونية فقط .

فإذا امتنع وزير الداخلية عن الإعلان عن تأسيس الحزب في المدة المحددة

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

قانوناً، عليه أن يبين أسباب ذلك وأن يبلغها إلى المؤسسين وفقاً للإجراءات القانونية. ولا يجوز إيراد أسباب أخرى أمام القضاء الإداري إذا طعن بعدم مشروعية القرار السلبي.

ويلاحظ أن المشرع الأردني قد وفر ضمانتين أساسيتين لحماية حق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية بغية الحيلولة دون إساءة الحكومة لاستخدام صلاحياتها في هذا المجال.

### الضمانة الأولى : تسبب الامتناع عن الإعلان عن تأسيس الحزب السياسي:

ينطوي تسبب القرارات الإدارية على مزايا عديدة من ناحية الإدارة العامة نفسها والقضاء الإداري الذي يمارس رقابته على مشروعية أسباب القرار الإداري والأفراد المتعاملين مع الإدارة.

فيعتبر تسبب القرارات الإدارية ضمانة مهمة لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، فهو شكلية جوهرية يترتب على تخلفها بطلان القرار. فقد قضت محكمة العدل العليا « وحيث أن من المسلم به أن الإدارة غير ملزمة بأن تذكر سبب تدخلها إلا حيث يحتم عليها القانون ذلك فيصبح التسبب عنصراً من العناصر الشكلية الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان القرار من ناحية الشكل»<sup>(١)</sup>.

ويخلق التسبب نوعاً من الثقة المتبادلة بين الإدارة والأفراد، ويمد جسور هذه الثقة بصورة دائمة ومنتظمة. ناهيك عن أن اعتبارات الديمقراطية السياسية والإدارية تقتضي أن يطلع مصدر القرار الأفراد المعنيين بالأسباب القانونية والواقعية

(١) عدل عليا : ١٩٧٦/١/٢٦، مجلة نقابة المحامين، ١٩٧٦، ص ٤٤٨.

التي حملته على إصداره .

كما يؤدي التسبب إلى تقليل عدد دعاوى تجاوز حدود السلطة المقدمة إلى القضاء الإداري؛ إذ يتمكن الأفراد بعد إعلامهم بالأسباب القانونية والواقعة التي يقوم عليها القرار من تقدير مدى نجاح هذه الطعون القضائية مقدماً، فلن يقدموا طعناً قضائياً إذا كانت نسبة نجاحه ضئيلة نظراً لما ينطوي عليه ذلك من جهد ومال وبطء في إجراءات التقاضي . فيعدل الفرد عن تقديم الدعوى إذا كانت الأسباب القانونية والواقعية مشروعة . ناهيك عن أن التسبب الإجباري بحمل الإدارة العامة على احترام مبدأ المشروعية، ويقودها إلى عدم مخالفة القواعد القانونية<sup>(١)</sup> .

ويؤدي تسبب القرارات أيضاً إلى تسهيل مهمة القضاء الإداري<sup>(٢)</sup> ؛ إذ يصعب عليه مراقبة مشروعية الأسباب القانونية والواقعية التي يقوم عليها القرار المطعون به إذا كان يجهل هذه الأسباب . لهذا يتعين أن يكون بمقدور القضاء إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قراراتها، وهو ما عبر عنه مفوض مجلس الدولة السيد (Leturneur) في تقريره المقدم في قضية (Barel) « إن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أسباب القرار ستكون نظرية بحتة، ومجردة من كل قيمة عملية . فالقول إن القضاء الإداري يراقب الوجود المادي والقانوني لأسباب القرارات المطعون فيها سيصبح نوعاً من التظاهر أو النفاق، إذا كان في وسع الإدارة بإرادتها أن تمتنع عن الإفصاح عن سبب قرارها . فمثل هذا الحل لا يمكن قبوله، فطالما سلمنا

R. Chapus : Doit administratif general, No. 139.

(١)

(٢) الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص ٢٦٠.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

بوجود هذه الرقابة فيجب أن تمارس طريقة فعالة «<sup>(١)</sup> . وهو ما أكدته محكمة العدل العليا » وهنا يجب التفريق بين تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره . فالتسبيب لا يكون لازماً إلا حيث يوجب القانون، أما السبب فيجب أن يكون قائماً وصحيحاً سواء أكان التسبيب لازماً أم غير لازم كما هو الحال في هذه القضية لما في ذلك من إتاحة الفرصة لتمكين المحكمة من مراقبة مشروعية القرار وسط هيمنتها على صحته، والتحقق من أن مثل هذا القرار شرعيته من الأسباب التي بني عليها طالما أن القانون قد أراد من هذه الأسباب أن تكون صخرة تبنى عليها المشروعية، وذلك لضمان عدم الانحراف والزوغ عن جادة الصواب التي أرست قواعد القوانين السارية المفعول»<sup>(٢)</sup> .

وبالتأسيس على ماسبق يملك القضاء الإداري إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها الإداري حتى لو لم يكن هناك نص تشريعي صريح يلزمها بالتسبيب، فيتعين على الإدارة أن تكشف عن هذه الأسباب إلى القضاء الإداري إذا طلبها منها<sup>(٣)</sup> .

ويؤدي تسبيب القرارات الإدارية أيضاً إلى تعديل السلوك الإداري، فتعود الإدارة على احترام مبدأ المشروعية . لهذا يتعين على الإدارة اعتبار التسبيب سنداً وأساساً قانونياً لصلاحياتها بدلاً من اعتباره قيداً على ممارستها، كما يؤدي التسبيب الإجباري إلى تضيق نطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة .

(١) Concl. du commissaire du gouvernement m. letourneur, sous, C.E., 28 /5/ 1954, (١) Rec, p.509.

(٢) عدل عليا : ١٩٨٨/٢/٢٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص١٦٢٩ . وعدل عليا ١٩٨٣/١/١٢، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٣، ص١٨١ .

(٣) René Hostiou : procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit (٣) Français, paris, L.G.D.J., 1975, p.174 .

ويحمل التسبب الإجباري مُصدر القرار على التآني في إصداره، وبحث الأسباب القانونية والواقعية بحثاً دقيقاً وموضوعياً، فيخلق عدداً معيناً من القواعد التي تحكم حسن أداء العمل الإداري وتضبطه، وهي قواعد لازمة للأداء الإداري<sup>(١)</sup> . هكذا يؤدي التسبب إلى تهذيب الأخلاق الإدارية؛ إذ يتعين على مصدر القرار الإداري بحث الأسباب القانونية والواقعية بحثاً دقيقاً وموضوعياً. فضلاً عن أن التسبب لا يشكل عبثاً ثقيلاً للإدارة طالما أن أي قرار إداري يجب أن يستند إلى أسباب موجودة مادياً وصحيحة قانوناً.

وأنوه أخيراً أن الإدارة العامة تلجأ ومن تلقاء نفسها ودون أي التزام قانوني إلى تسبب بعض قراراتها بهدف إقناع الأفراد بمشروعيتها، والدفاع عنها أمام الرأي العام.

وبناءً عليه تظهر أهمية إلزام وزير الداخلية بتسبب قراره بالامتناع عن الإعلان عن تأسيس الحزب السياسي. فيملك الرأي العام تقدير مشروعية أسباب الامتناع عن تأسيس الحزب، وهي رقابة على درجة من الأهمية. فيتعين أن تكون هذه الأسباب مشروعة ومقنعة سياسياً.

**الضمانة الثانية : إمكانية مخاصمة مشروعية قرار امتناع الوزير عن إعلان تأسيس الحزب :**

يعتبر امتناع وزير الداخلية عن إعلان تأسيس الحزب قراراً إدارياً قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا. فقد أجاز المشرع للأفراد الطعن في هذا القرار السلبي.

P.Pacteau : le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, (١) paris, 1977, p. 52.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

فقد نصت المادة (١١) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ « يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه، إذا كان يترتب عليها اتخاذه بمقتضى التشريعات المعمول بها ». كما عدل المشرع في هذا القانون عن فكرة تحصيل القرارات الإدارية، فأجاز الطعن في أي قرار إداري نهائي حتى لو كان محصناً بالقانون الصادر بمقتضاه.

ولاشك أن الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الامتناع عن تأسيس الأحزاب السياسية تشكل ضماناً مهمة لحماية حقوق الأفراد في تأليف الأحزاب والانتساب إليها. فقد مارست محكمة العدل رقابتها القضائية على قرارات وزير الداخلية بالامتناع.

ولاشك أن اشتراك الموظفين في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها أضحى عملية مشروعة وغير مخالفة للقانون. فلا يجوز للإدارة قانوناً ملاحقة أي موظف تأديبياً لقيامه بأي من الأفعال السابقة شريطة أن يكون الحزب الذي انتسب إليه مشروعاً. ولكن المشرع الجنائي الأردني جرم تأسيس الجمعيات غير المشروعة. فتعد جمعية غير مشروعة كل جماعة من الناس مسجلة كانت أو غير مسجلة، تحرّض أو تشجّع بنظامها أو ما تقوم به من الدعاية على ارتكاب أي فعل من الأفعال غير المشروعة التالية : أ) قلب دستور الدولة بالثورة أو التخريب، ب) قلب الحكومة القائمة في المملكة بموجب الدستور باستخدام القوة والعنف، ج) تخريب أو إتلاف أموال الحكومة الأردنية في المملكة.

وتعتبر كل جماعة من الناس يقضي عليها القانون بتبليغ نظامها إلى الحكومة وتخلفت عن ذلك أو استمرت على عقد اجتماعاتها بعد انحلالها بمقتضى القانون

المذكور جمعية غير مشروعة، وتشمل أيضاً كل فرع أو مركز أو لجنة أو هيئة أو شعبة لجمعية غير مشروعة وكل مؤسسة أو مدرسة تديرها جمعية غير مشروعة أو تدار تحت سلطتها <sup>(١)</sup> .

ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من انتسب لعضوية جمعية غير مشروعة وشغل وظيفة أو منصباً في مثل هذه الجمعية أو قام بمهمة معتمداً أو مندوباً لها إذا أنشئت الجمعية لتحقيق إحدى الغايات غير المشروعة المذكورة آنفاً. ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين في الحالات الأخرى <sup>(٢)</sup> . كما يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين كل من شجع غيره بالخطابة أو الكتابة، أو بأية وسيلة أخرى على القيام بأي فعل من الأفعال التي تُعد غير مشروعة بمقتضى المادة (١٥٩) من قانون العقوبات، أي تأسيس جمعية غير مشروعة <sup>(٣)</sup> .

ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر كل من دفع تبرعات أو اشتراكات أو إعانات لجمعية غير مشروعة أو جمع تبرعات أو اشتراكات أو إعانات لحساب مثل هذه الجمعية <sup>(٤)</sup> .

ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر أو بغرامة لاتزيد على خمسين ديناراً كل من طبع أو نشر أو باع أو عرض للبيع أو أرسل بالبريد كتاباً أو نشرة أو كراساً أو إعلاناً أو بياناً أو منشوراً أو جريدة لجمعية غير مشروعة أو لمنفعتها أو صادرة منها <sup>(٥)</sup> .

(١) المادة ١٥٩ من قانون العقوبات.

(٢) المادة ١٦٠ من قانون العقوبات.

(٣) المادة ١٦١ من قانون العقوبات .

(٤) المادة ١٦٢ من قانون العقوبات.

(٥) المادة ١٦٣ من قانون العقوبات .



## **حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي**

---

وبناءً عليه يعتبر قيام الموظف بإتيان أي فعل من الأفعال السابقة جريمة جنائية وتأديبية يعاقب عليها بعقوبتين جنائية وتأديبية. وبذا يحظر على الموظفين كافة إتيان أي فعل من الأفعال السابقة.

### **المبحث الثاني**

#### **واجبات الموظف العام المنتمي حزبياً**

يملك الموظف العام الأردني حالياً الاشتراك في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها، إلا أنه يُلزم باحترام عدد معين من الواجبات الوظيفية التي لم تظهر أهميتها بعد في الإدارة الأردنية نظراً لحداثة التجربة الحزبية، وتغاضي الإدارة عن تصرفات موظفيها. وتتمثل هذه الواجبات الوظيفية في واجب التحفظ في الحياة السياسية، وواجب الحياد الوظيفي.

### **المطلب الأول**

#### **واجب التحفظ في الحياة السياسية**

تعترف التشريعات الوظيفية للموظفين العموميين بحرية الرأي والتعبير، فتجد هذه الحرية الأساسية سندها القانوني في نصوص دستورية وتشريعية. فتتص ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ « لا يضر أحد في عمله أو وظيفته بسبب معتقداته أو آرائه أو أصله ». وتنص المادة ٦ من القانون الصادر في ١٣/٧/١٩٨٣ « حرية الرأي مصونة، ولا يجوز التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم السياسية والنقابية

والفلسفة أو الدينية أو بسبب الجنس أو انتماءاتهم العرقية».

وكفلت دساتير المملكة المتعاقبة<sup>(١)</sup> حرية الرأي والتعبير. فتنص الفقرة (أ) من المادة ١٥ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ « تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعبر عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير ووسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون».

وعليه يتمتع الموظف العام الأردني والفرنسي بحرية التفكير واعتناق العقيدة الدينية والسياسية التي يريد دون أن يتعرض للعقاب التأديبي. فلا يجوز أن تكون معتقدات الموظف الدينية أو السياسية أساساً مشروعاً لأي إجراء تأديبي يتخذ بحقه<sup>(٢)</sup>. كما لا يُعد انتماء الموظف في فرنسا والأردن بعد صدور قانون الأحزاب الأخير مخالفة مسلكية<sup>(٣)</sup> باستثناء الفئات الوظيفية التي حددها المشرع الأردني صراحة. وعليه يملك الموظف اختيار الحزب الذي يريد الانتساب إليه شريطة أن يكون هذا الحزب مشروعاً.

ويتمتع الموظف العام الفرنسي مقارنة بنظيره الأردني بضمانات قانونية متعددة، لعل أهمها ماتضمنتها الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون الخدمة المدنية الأخير، فقد حظرت تضمين الملف الوظيفي أية وثيقة إدارية أو أية إشارة إلى آراء الموظف السياسية أو نشاطاته النقابية أو معتقداته الدينية أو الفلسفية. ولاشك أن

(١) انظر المادة (١١) من دستور ١٩٢٨. والمادة ١٧ من دستور ١٩٤٧.

(٢) C.E : 8/12/1948, R.D.P., 1949, p.75.

(٣) C.E : 1/10/1954, Rec, p.494.

وليزيد من التفاصيل حول هذا الحكم انظر الدكتور محمد حستين عبدالعال: الحريات السياسية للموظف العام، القاهرة، ١٩٨٠-١٩٨١، ص١٦ وما بعدها.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

الموظف الأردني بأمس الحاجة لمثل هذه الضمانة القانونية التي تكفل عدم تأثر السلطات الإدارية بهذه الآراء والمعتقدات حين اتخاذ أي إجراء إداري بحق الموظف.

فإذا كانت حرية الرأي والعقيدة مطلقة لا يرد عليها أي قيد، فإن حرية التعبير مقيدة بقيود وضوابط قضائية. فللموظف أن يعبر عن آرائه السياسية في أي ميدان من ميادين الحياة العامة والدفاع عنها بحرية<sup>(١)</sup> شريطة أن لا يتم ذلك بصورة تجعل ممارسة مهمات وظيفته مستحيلة مستقبلاً<sup>(٢)</sup>، وهو ما أطلق عليه واجب التحفظ الذي ظهر لأول مرة في قضاء مجلس الدولة في حكمه الصادر في ١١/١/١٩٣٥ في قضية (Bauzanquet)، وهو الواجب الوظيفي الذي يلزم موظفي الدولة باحترامه حين التعبير عن آرائهم السياسية.

فلم يحاول مجلس الدولة الفرنسي تحديد ماهية هذا الواجب الوظيفي المهم، بل إنه اكتفى بإقرار حقه في استخلاص مجموعة التوجهات الدائمة التي تكفل التوفيق الضروري بين حرية الرأي والتعبير ومقتضيات الوظيفة العامة<sup>(٣)</sup>. وعليه يُعرف واجب التحفظ بأنه مجموعة من القيود والضوابط القضائية التي يلزم الموظف بمراعاتها واحترامها حين التعبير عن آرائه السياسية بغية جعل ممارسة مهمات وظيفته ممكنة وسليمة. فالتحفظ هو في النتيجة حذر في التصرف وحصافة في القلم واللسان. وعليه يصعب تحديد مدى هذا الواجب الوظيفي ونطاقه بصورة دقيقة خصوصاً أن مجلس الدولة الفرنسي فرض هذا الواجب الوظيفي خارج نطاق حرية الرأي بالمعنى الدقيق.

J. Rivero : les libertés politiques, paris, 1977, Tome, 2,p.128 . (١)

G. Moranges : la liberté d'opinion des fonctionnaires, D, 1953, p.154. (٢)

G. Moranges : la liberté d'opinion des fonctions, D, 1953, p.154. (٣)

وبناءً عليه يتمثل محل واجب التحفظ في حرية التعبير عن الرأي، وليس على حرية الرأي نفسها، فقد قيل بأن الواجب لا يرد على الرأي نفسه، بل على حرية التعبير<sup>(١)</sup>. فيمكن للموظف التعبير عن آرائه بالكتابة والقول والتصوير والعمل شريطة احترام واجب التحفظ. فله ممارسة حرية الانتقاد البناء والتقييم الموضوعي المسؤول، وممارسة الضغط على الهيئات الدستورية المختصة لحملها على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو القيام به بكيفية معينة.

وباستقراء قضاء مجلس الدولة الفرنسي يُلاحظ أنه اعتبر بعض تصرفات الموظفين إخلالاً بواجب التحفظ، كاشتراك أحد الموظفين في مظاهرة قررت السلطة المختصة حظرها<sup>(٢)</sup>، أو اشتراكه في مؤتمر أو اجتماع عام لتشجيع استقلال المستعمرات الفرنسية<sup>(٣)</sup>، أو إيراد مضمون رسالة في المنشورات التي وزعها أحد خصوم الوزير السياسيين لانتقاد أسلوب إدارة موضوع من الموضوعات الوظيفية، والمشاركة في تجمع انتخابي منظم لهذه الغاية<sup>(٤)</sup>، أو توزيع منشورات أمام الدائرة على العاملين فيها لحثهم على الاشتراك في إضراب سياسي<sup>(٥)</sup>، أو توزيع منشورات وجرائد تنتقد بشدة عمل الدائرة التابع لها<sup>(٦)</sup>.

وقد يتمثل الإخلال بواجب التحفظ في صورة تصرف سلبي، كرفض مدير إحدى

(١) J. Rivero : sur l'obligation de reserve, A.J.D.A., 1977, p.580 .

(٢) C.E : 27/5/1955, Rec, p.292.

(٣) C.E : 8/1/1964, A.J.D.A., 1964, p. 444.

(٤) C.E : 10/3/1971, A.J.D.A., 1971, p.622.

(٥) C.E : 12/10/1956, Rec, p. 362.

(٦) C.E : 20/2/1952, Rec, p. 117.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

المدارس العليا الاشتراك في مراسيم إحدى الاحتفالات الرسمية<sup>(١)</sup> ، أو رفض أحد كبار المسؤولين استنكار التعبيرات الواردة في رسالة مفتوحة موزعة على الصحف لانتقاد الحكومة الفرنسية بصورة غير لائقة تنم عن الاستهزاء<sup>(٢)</sup> .

ويتم الإخلال بواجب التحفظ حين التعبير عن الآراء شفويًا أو بالكتابة، كإقدام أحد الموظفين على توجيه ألفاظ واتهامات قاسية للإدارة والمسؤولين الإداريين فيها<sup>(٣)</sup> ، أو التصريحات الصحفية التي أدلى بها الموظف للصحافة الأجنبية وعبر فيها عن معارضته للسياسة العامة للحكومة<sup>(٤)</sup> ، أو قيام سكرتير المجلس البلدي بنشر مقال في الصحافة يتضمن انتقادات حادة وقاسية لرئيس المجلس البلدي<sup>(٥)</sup> .

وقد يقع الإخلال بواجب التحفظ حين التعبير عن الآراء بالتصوير، كسماع أحد الموظفين الموقوفين عن العمل بنشر صورة مخجلة وغير لائقة لرئيس الدولة في الدورية التي يرأس إدارتها<sup>(٦)</sup> .

وأنوه أنه من المنطقي أن يتشدد القضاء الإداري باحترام واجب التحفظ بالنسبة لكبار الموظفين الذين يشغلون وظائف عليا رئيسية ترتبط بصلة وثيقة بمسؤوليات الحكومة ونشاطها، بحيث يكون هذا الواجب أكثر شدة بالنسبة لهم عنه بالنسبة للموظفين الذين يشغلون وظائف عادية أو دنيا في السلم الإداري<sup>(٧)</sup> .

C.E : 5/11/1952, Rec, p.487.

(١)

C.E : 13/3/1953, Rec, p.133.

(٢)

C.E : 13/5/1981, Rec, p.795.

(٣)

C.E : 8/3/1968, Rec, p.468.

(٤)

C.E : 11/7/1939, Rec, p.468.

(٥)

C.E : 10/1/1969, Rec, p. 24.

(٦)

(٧) الدكتور محمد حسن بن عبدالمال، المرجع السابق، ص ٢٢.

وفي المقابل حظرت الفقرتان (ج) و (د) من المادة ٤٤ من نظام الخدمة المدنية الأخير على الموظفين القيام بالأعمال التالية : استغلال الوظيفة لخدمة أية أهداف أو مصالح حزبية أو الاشتراك في أية تظاهرة أو إضراب أو اعتصام . كما حظرت عليهم توزيع أية مطبوعة أو نشرة سياسية أو كتابة عرائض أو رسائل من شأنها النيل من سمعة الحكومة وهيبته أو التوقيع عليها . كما حظرت الفقرة (هـ) من المادة نفسها على الموظف أن يعمل محرراً في مطبوعة دورية أو موقوتة أو الاشتراك بصورة مباشرة أو غير مباشرة في إدارتها إلا إذا كانت تصدرها إحدى الدوائر .

ونحن نرى أن هذه الأحكام تقر حظراً مطلقاً على ممارسة حرية التعبير، مما يُعد بنظرنا مصادرة لحرية الموظفين العموميين في التعبير عن آرائهم . لهذا تعتبر مخالفة للأحكام الدستورية التي تقر حرية الرأي والتعبير . لهذا يتعين التوفيق بين حريتي الرأي والتعبير وبين مقتضيات الوظيفة العامة، ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق واجب التحفظ .

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يُلزم الموظفين باحترام واجب التحفظ، إلا أنه يخفف من حدة ووطأة هذا الواجب الوظيفي بخصوص القادة النقابيين<sup>(١)</sup> بالنظر لما تتطلبه طبيعة العمل النقابي من حرية واسعة في التعبير عن الآراء دفاعاً عن المصالح المهنية للمنتسبين للتنظيم النقابي الذي يرأسه . لهذا لا يُعد إخلالاً بواجب التحفظ قيام سكرتير عام إحدى النقابات الوظيفية بتوجيه رسالة شديدة اللهجة إلى أحد الوزراء للاحتجاج على العقوبة التأديبية التي أوقعها بحق أحد الموظفين

(١) U. Conen : le droit syndical; et l'expression d'opinion politiques, D, 1973, p.89.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

المنتسبين للنقابة<sup>(١)</sup> .

وأنوه أن التخفيف لواجب التحفظ ليس مطلقاً؛ إذ يتطلب مجلس الدولة من هؤلاء القادة النقابيين أن تكون الغاية من تصرفاتهم وأعمالهم هي الدفاع عن المصالح المهنية البحتة، وعليه يعتبر إخلالاً بواجب التحفظ قيام السكرتير العام لإحدى نقابات الموظفين بتوقيع اتفاق مع نقابة أجنبية يستشف من مضمونه والظروف التي عاصرت توقيعه، أنه ذو طبيعة سياسية. فيُعد ما نُسب إليه خطأً وظيفياً يستوجب العقاب التأديبي، ولا يعفيه من المسؤولية التأديبية الاحتماء خلف صفته النقابية كرئيس لإحدى نقابات الموظفين<sup>(٢)</sup> .

ولعل الباعث الذي حمل مجلس الدولة على منح القادة النقابيين هامشاً أوسع للتعبير عن آرائهم هو أن طبيعة العمل النقابي تقتضي الكفاح والتصدي للإدارة بالوسائل المشروعة كافة، كتوجيه خطابات ووسائل وعرائض مكتوبة أو استخدام الإضراب باعتباره وسيلة الضغط الحاسمة<sup>(٣)</sup> .

### المطلب الثاني

#### واجب الحياء الوظيفي

يقتضي حسن سير المرافق العامة أن يؤدي كل موظف مهمات وظيفته بحيدة ونزاهة وموضوعية وتجرد تام، فهو في خدمة الدولة مجتمعة وليس لدى شخص من

C.E : 18/5/1956, Rec, p.213.

(١)

C.E : 8/6/1962, Rec, p.382.

(٢)

(٣) انظر الدكتور محمد حسنين عبدالعال: المرجع السابق، ص ٢٣.

أشخاص القانون الخاص أو لدى حزب سياسي معين . فيتعين على موظفي الدولة تنفيذ سياسة الحكومة العامة مهما كان لونه السياسي (العقيدة السياسية)، ويصرف النظر عن عقيدة الحكومة السياسية أو برنامجها السياسي .

ويشكل هذا الواجب الوظيفي ضماناً مهمة وجوهرية للمتفعين من خدمات المرافق العامة، فيجب أن يعامل هؤلاء على قدم المساواة دون أي تمييز بينهم في اللون أو العرق أو الدين أو اللغة . كما يكفل هذا الواجب أيضاً استقلال الموظف وحياده بمواجهة أشخاص القانون الخاص كافة بما فيها الأحزاب والتنظيمات السياسية الأخرى، وتحقيق استقلاله إزاء الحكومة القائمة . لهذا يتوجب على موظفي الدولة كافة الابتعاد عن كل ما شأنه المساس بهذا الواجب الوظيفي .

وعليه ينطوي هذا الواجب الوظيفي على مظهرين أساسيين مختلفين حتى وإن كانا يستهدفان تحقيق الغاية نفسها، ألا وهي ضمان استقلال الموظف وحياده الوظيفي . فيتجلى المظهر الأول في ضرورة معاملة جميع فئات المتفعين على قدم المساواة دون أي تمييز بينهم وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين<sup>(١)</sup> . لهذا تحرص دساتير دول العالم على تكريس مبدأ المساواة بنصوص صريحة بالنظر لما ينطوي عليه من عدالة مقدسة بين أفراد المجتمع<sup>(٢)</sup> .

وتقتضي مساواة المتفعين أمام خدمات المرافق العامة وحدة المعاملة عند تماثل الظروف، فلا يجوز محاباة أو مجاملة بعض الفئات لتحقيق منافع شخصية أو

(١) P. Duez et Debeyre : traite ide droit administratif, paris, 1952, p.672.

(٢) تنص المادة ٦ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ « الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين » .



## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

سياسية. كما لايجوز بداهة مجاملة ومحابة أنصار حزب الموظف على حساب أتباع الأحزاب الأخرى وأنصارهم<sup>(١)</sup>. وبشكل عيب الانحراف في استخدام السلطة ومجانية المصلحة العامة قيداً مهماً وأساسياً لحماية أنصار الأحزاب السياسية إذا حاول الموظف الحزبي مجاملة أنصار حزبه السياسي ومحاباتهم، فتُعد قراراته غير مشروعة، وعرضة للإلغاء القضائي إذا طعن بعدم مشروعيتها أمام القضاء الإداري. فضلاً عن المسؤولية التأديبية التي يتعرض لها.

ولا يكفي أن يحترم الموظف هذا الواجب السلبي، بل يتعين عليه أيضاً مقاومة كافة صور الضغط التي تمارسها عادة القوى السياسية، ومحاربتها سواء كانت أحزاباً سياسية أم جماعات ضغط سياسية<sup>(٢)</sup>. كما يتوجب عليه أيضاً مقاومة ضغط القوى الاجتماعية المختلفة خصوصاً القوى العشائرية والإقليمية، فلن يقبل من الموظف الأردني مثلاً محابة ومجاملة أفراد عشيرته أو أبناء منطقته الجغرافية ومجاملتهم، فذلك انحراف بدائي في استعمال السلطة، فهو موظف لدى الدولة وليس لدى عشيرته أو منطقته الإقليمية. وتظهر أهمية واجب الحياد الوظيفي في بعض المجالات كالـتعليم. فإذا كانت حرية العقيدة الدينية والسياسية مطلقة، فيجب التوفيق بينها وبين مبدأ موضوعية التعليم وحيده. لهذا يتعين على الموظف الابتعاد عن كل مامن شأنه المساس أو النيل من واجب الحياد الوظيفي ومبدأ علمانية التعليم<sup>(٣)</sup>. لهذا حظر المشرع الأردني على الأحزاب السياسية استخدام مؤسسات الدولة والمؤسسات العامة وجميع مؤسسات التعليم للتنظيم الحزبي،

f. Gazier : la fonction publique dans le monde, paris, 1972, p.153. (١)

F. Gazier : op. cit. , p. 153. (٢)

C.E : 26/10/1954, Rec, p.496 (٣)

والمحافظة على حياد هذه المؤسسات تجاه الكافة في أداء مهماتها . كما حظر عليها أيضاً استخدام مراكز النقابات والجمعيات الخيرية والأندية وأجهزتها وأموالها لمصلحة أي تنظيم حزبي .

ولاشك أن المقصود بالحظر التشريعي السابق هو استخدام المؤسسات والهيئات السابقة للتنظيم الحزبي فقط، أي للترويج لأفكار ومبادئ الأحزاب واستقطاب الأنصار وتجنيدهم في صفوفها . وعليه يملك العاملون في تلك المؤسسات والهيئات الانتماء إلى الأحزاب السياسية القائمة . كما تملك تلك الجهات تنظيم الندوات والمؤتمرات السياسية المختلفة .

ويتمثل المظهر الثاني من واجب الحياد الوظيفي في استقلال الموظف بمواجهة الحكومة القائمة . فيتعين على موظفي الدولة تنفيذ سياسة الحكومة العامة مهما كانت عقيدتهم السياسية، وبصرف النظر عن اللون السياسي للحكومة القائمة . فيرتبط هذا المظهر الثاني بالولاء السياسي للموظف العام . فيتوجب على الموظف أن يكون موالياً للدولة التي يخدم في إدارتها ولأى مطلقاً . وعلة ذلك أن الإدارة ترتبط من الناحيتين القانونية والعملية برابطة التبعية الكاملة للسلطات السياسية العليا، فهي أدواتها لتنفيذ برامجها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

وعليه يصنف الولاء السياسي بالنظر للجهة الموجه إليها إلى ولاء شخصي وحكومي ووطني . وسنحاول توضيح أوجه الاختلاف بينها نظراً للخلط المتعمد الذي تلجأ إليه الحكومات عادة .

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

### أولاً : الولاء الشخصي :

تطلب بعض الأنظمة السياسية خصوصاً الاستبدادية والمطلقة ولائاً سياسياً مطلقاً من جميع موظفي الدولة لشخص الحاكم . فقد اعتبر عدم الولاء الشخصي في تلك الأنظمة السياسية التقليدية جريمة جنائية قد تصل إلى حد وصفها بالخيانة العظمى . فضلاً عن اعتبارها جريمة تأديبية تبرر إقصاء الموظف من سلك الوظيفة العامة دون مراعاة الضمانات التأديبية المقررة لصالح الموظفين العموميين . وتجلى هذا الولاء الشخصي في الأنظمة النازية والفاشية، فقد تضمن نظام الموظفين الألماني الصادر في ١٩٣٧/١/٢٧ قسماً قانونياً يؤدبه الموظف عند التحاقه بالوظيفة العامة يتمثل بالولاء السياسي المطلق لرئيس الدولة أدولف هتلر . وتتضمن بعض الأنظمة الوظيفية الحديثة قسماً قانونياً يؤدبه الموظف عند التحاقه بالوظيفة العامة لأول مرة . ومن أمثلتها نظام الخدمة المدنية البلجيكي<sup>(١)</sup> والأردني . فتتص المادة ٤٢ من نظام الخدمة المدنية الأردني الأخير « أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للوطن وللملك وللدستور، وأن أحافظ على القوانين والأنظمة المعمول بها، وأن أتقيد بالعمل بها، وأن أقوم بمهام وظيفتي وواجباتها بشرف وأمانة وإخلاص دون أي تحيز لأحد أو تمييز بين الناس » .

ويتعين علينا التنويه في هذا المقام أن الولاء السياسي السابق لا يُعد ولائاً سياسياً للحاكم بشخصه، بل إنه ولاء سياسي لرئيس الدولة بصفته الدستورية، فهو ولاء سياسي للملك المعتلي العرش دستورياً أبياً كان شخصه<sup>(٢)</sup> . وعليه لا يجوز الخلط

(١) Dapre's le statut g'eneral belge "Jejue fid'elité au roi, ob'eissance à la constitution et aux lois du peuple beldge" .

R. Catherine : le fonctionnaire francais, paris, s, 1973, p.132.

(٢)

بين هذا الولاء وبين الولاء الذي تتطلبه الأنظمة السياسية الاستبدادية والنازية والفاشية .

### ثانياً : الولاء الحكومي :

يقصد بالولاء الحكومي ذلك الولاء السياسي الذي يكون موجهاً للحكومة القائمة، فلا يطلب من الموظف كقاعدة عامة أن يكون موالياً للحكومة القائمة، فهو ملزم وفق مفهوم الإدارة المحايدة بتنفيذ توجيهات الحكومة ومبادئها مهما كان رأيه إزاء سياستها العامة، فله حق التحفظ إزاء سياستها العامة وملاءمتها .

ويتمثل الولاء السياسي الحكومي في الدول التي تتبنى التعددية الحزبية في التزام الموظف العام بتطبيق وتنفيذ توجيهات الحكومة القائمة ومبادئها، فعليه تنفيذها بموضوعية ونزاهة وحياد تام . وآية ذلك أن الحكومة قد التزمت بتلك السياسة العامة أمام البرلمان والرأي العام، ونالت الثقة البرلمانية على أساسها، فمن حقها المطلق أن تعمل على تنفيذها كاملة وبأفضل صورة ممكنة . وبهذا يجب على كافة موظفي الدولة العمل على تنفيذ السياسة العامة للحكومة .

وترتفع درجة الولاء السياسي للحكومة وتزداد حدة هذا الالتزام الوظيفي لشاغلي المناصب السياسية . فقد تبنى المشرع الفرنسي طريقة الاختيار الحر لتعيين شاغلي المناصب العليا . فتتضمن المادة ٢٥ من القانون رقم ٨٤-١٦ الصادر في ١١/١/١٩٨٤ « يصدر نظام يحدد في كل إدارة ومرفق الوظائف العليا التي يترك أمر التعيين فيها لتقدير الحكومة » .

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

ويدون شك فإن التعيين في المناصب العليا يستند لاعتبارات سياسية معينة<sup>(١)</sup> ، فمن حق الحكومة تعيين الأشخاص الذين ترى أنهم أهل طبقاً لقناعتها المطلقة لتولي المناصب العليا في الدولة. فلا يمكن للحكومة تنفيذ برنامجها السياسي المسؤولة عن تنفيذه أمام البرلمان والرأي العام إلا إذا كان بمقدورها اختيار شاغلي المناصب العليا بحرية تامة، فهؤلاء في الحقيقة هم أدوات ووسائل تنفيذ البرنامج الحكومي.

وتنفيذاً لنص المادة ٢٥ السابق أصدر المشرع الفرنسي في ١٩٨٥/٧/٢٤ النظام رقم ٨٥-٧٧٩ لتحديد المناصب السياسية التي يترك أمر التعيين فيها لتقدير الحكومة. وبالرجوع لأحكام هذا النظام نجد أن المشرع حدد هذه الوظائف في جميع الإدارات الحكومية وفي كل إدارة على حدة. وتتمثل الوظائف السياسية في كافة الدوائر الحكومية : في المفوضين العامين، وكبار المفوضين، والمفوضين، وأمناء السر العامين، والمندوبين العامين والمندوبين إذا كانوا تحت إشراف الوزير مباشرة.

وتتمثل الوظائف العليا في الدوائر المختلفة على النحو التالي في رئاسة الوزراء، ووظائف السكرتير العام للحكومة والسكرتير العام للدفاع الوطني، والمندوبين بين الوزارات المختلفة والمندوبين. وفي وزارة الخارجية الوظائف التالية : الرئيس المثلث في مهمة دبلوماسية بدرجة سفير. وفي وزارة الداخلية واللامركزية الوظائف التالية: في المحافظين، ومفوضي الجمهورية، ورئيس قسم التفتيش العام للإدارة، ومدير أقسام البوليس الآلية، ورئيس قسم التفتيش في البوليس الوطني. وفي وزارة التربية الوطنية ومديري الأكاديميات.

M. Cadaccioni : le recrutement des hauts fonctionnaires, rev. admin, 1971, (١) p.137

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ الخمسينيات على أن الوظائف السابقة غير محددة على سبيل الحصر، وبذا تملك الحكومة حق إضافة وظائف أخرى إلى الوظائف المحددة قانوناً<sup>(١)</sup>. فقد أقر مجلس الدولة تكييف الحكومة لبعض الوظائف واعتبارها وظائف سياسية تملك اختيار شاغليها بحرية مطلقة<sup>(٢)</sup>.

وبناءً عليه تملك السلطة السياسية العليا تعيين وإنهاء خدمات شاغلي المناصب العليا دون ارتكابهم لأية مخالفة مسلكية. ولكن إذا نسبت لأي منهم جريمة تأديبية لتبرير قرارها، فيتعين عليها إثبات ارتكاب الموظف للأفعال المنسوبة إليه وصحة التكييف القانوني الذي أضفته الإدارة عليها<sup>(٣)</sup>. وتخضع تلك المخالفات للقواعد والإجراءات التأديبية كافة. وعليه يدين هؤلاء الموظفون بالولاء السياسي الكامل للحكومة القائمة، فهم رجالها وأدواتها لتنفيذ برنامجها السياسي، فتملك الحكومة إنهاء خدمات أي من هؤلاء الموظفين إذا تزعزعت ثقتها السياسية بولائه السياسي تجاهها.

ولاتعرف الحكومات الأردنية فكرة المناصب السياسية بشكل مؤسسي كما هو الحال في فرنسا. فيعين موظفو الفئة العليا بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب رئيس الوزراء أو الوزير على أن يقتصر القرار بالإرادة الملكية السامية. لهذا يعمل هؤلاء في خدمة عدة حكومات متباعدة سياسياً أو ذات برامج سياسية مختلفة. ويعود ذلك لشعور الحكومات الأردنية بأنها ملزمة باحترام التعيينات التي

(١) P. Larmiere : les hauts fonctionnaires, chron, D, 1959, p. 241 .

(٢) انظر الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣) الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق، ص ٢١.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

أجرتها الحكومة السابقة، وأنها لا تملك من الناحية القانونية إنهاء خدمات موظفي الفئة العليا استناداً لاعتبارات سياسية.

وإذا كانت المملكة لا تعرف فكرة المناصب السياسية من الناحية القانونية، إلا أنها تأخذ من الناحية العملية بما نسميه بالصالونات السياسية التي يتزعمها رؤساء الحكومات السابقين. فيكون رئيس الوزراء المكلف بتشكيل الحكومة من رواد صالونه السياسي، ويعهد بمناصب الإدارة العليا لأعضاء الصالون إذا شغرت أياً منها لأي سبب من الأسباب.

فإذا كانت الحكومات تطلب من شاغلي المناصب السياسية ولاءً سياسياً مطلقاً لسياستها العامة، فإن الدول التي تتبنى نظام الحزب الواحد أو الحزب القائد تتطلب من موظفي الإدارة ولاءً مماثلاً. فيتمثل الولاء السياسي في هذه الدول في المشاركة الإيجابية لتنفيذ سياسة الحكومة العامة، فلا يكتفى من الموظف مجرد تنفيذ توجيهات ومبادئ الحكومة فقط، بل يتعين عليه أن يشارك مشاركة إيجابية وفعالة في تنفيذ تلك السياسة العامة، والدفاع عنها بحرارة وحماس. وعلة ذلك أن الإدارة العامة في هذه الطائفة من الدول ملتزمة وتابعة سياسياً ومسيسة بكاملها<sup>(١)</sup>.

وفضلاً عن ذلك تتطلب وتُلزم موظفي الإدارة العامة بالانتساب للحزب السياسي دون قيد أو شرط. كما تلزمهم بتنفيذ أوامر وتوجيهات الحزب الإلزامية وإلا تعرضوا لإجراءات الطرد والإقصاء. لهذا تقوم حكومات تلك الدول بتطهير الإدارة العامة من المناوئين والمعارضين السياسيين. ويتجلى ذلك في دول أوروبا

F. Gazier : op. cit, p.154.

(١)

الشرقية سابقاً، والعديد من دول العالم الثالث<sup>(١)</sup> .

### ثالثاً : الولاء الوطني :

يقصد بالولاء الوطني ذلك الولاء الذي يوجه للوطن بكامله ممثلاً بالدولة ككيان سياسي متكامل . وبذا يتعين أن يكون ولاء الموظف للوطن ولاءً كاملاً غير منقوص . لهذا جرم المشرع الجنائي الأردني العديد من الأفعال التي يرى أنها تمثل إخلالاً بالولاء للوطن كالخيانة، والاتصال بالعدو لمقاصد غير مشروعة، والنيل من هيبة الدولة ومن الشعور القومي، وجرائم المتعهدين، والجنايات الواقعة على الدستور، واغتصاب سلطة سياسية أو مدنية أو قيادة عسكرية، والفتنة، والإرهاب، والجرائم التي تنال من الوحدة الوطنية أو تعكر الصفاء بين عناصر الأمة .

وحرصاً من المشرع الأردني على الولاء للوطن فقد ألزم الأحزاب السياسية باحترام أحكام الدستور واحترام السيادة الوطنية . كما يتعين عليها الالتزام بالمحافظة على استقلال الوطن وأمنه وصون الوحدة الوطنية ونبذ العنف بجميع أشكاله وعدم التمييز بين المواطنين . كما تلتزم بعدم الارتباط التنظيمي أو المالي بأية جهة غير أردنية أو توجيه النشاط الحزبي بناء على أوامر أو توجيهات من أية دولة أو جهة خارجية .

ونخلص مما سبق إلى عدم جواز الخلط بين الولاء السياسي للموظف والولاء السياسي للحكومة القائمة . فإذا كان الولاء للوطن مطلقاً، فإن الولاء للحكومة يقابل بنوع من التحفظ والتردد من الموظفين العموميين؛ إذ يعتبر هؤلاء أنفسهم في

S. salon et v. Silvera : op. cit, N. 139 .

(١)



## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

خدمة الحكومة القائمة فقط، وسيكونون في خدمة غيرها، فتتعاقب الحكومات على السلطة، وتتغير بين عشية وضحاها، فيجد الموظفون العامون أنفسهم في خدمة الحكومة القائمة بصرف النظر عن عقيدتها السياسية. كما لا يجوز الخلط أيضاً بين الولاء للوطن وبين الولاء للنظام السياسي الحاكم. فإذا كان الولاء السياسي للوطن مطلقاً، فإن ولاء الموظف للنظام السياسي يقابل بنوع من التحفظ من موظفي الدولة؛ إذ يعتبر هؤلاء أنفسهم في خدمة النظام السياسي القائم، وسيكونون في خدمة أي نظام سياسي جديد يقرر شعب الدولة اختياره وتبنيه. لهذا يتعين الإقلاع عن تخوين معارضي الحكومة بحجة عدم ولائهم للوطن، فالفرق شاسع وكبير بين صور الولاء السياسي المختلفة.

## الخاتمة :

لاحظنا من دراستنا السابقة أن الموظف العام هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو إحدى الهيئات الإقليمية أو إحدى المؤسسات العامة الإدارية. فهو أداتها الضرورية لتنفيذ ما أنيط بها من مهمات ومسؤوليات بغية تحقيق الرفاهية العامة.

وتوسعت محكمة العدل العليا الأردنية في اعتبار العاملين في المؤسسات العامة موظفين عموميين، فقد اعتبرت منازعاتهم إدارية تختص بنظرها والفصل فيها، وجاء هذا التوسع من تجاهلها للتفريق المعروف بين المؤسسات العامة الإدارية والمؤسسات العامة الاقتصادية، تلك المؤسسات العامة التي تخضع لأحكام القانون الخاص، وبالتالي تعد من أشخاص القانون الخاص.

ولاشك أن الموظف العام هو أولاً وقبل كل شيء مواطن كبقية المواطنين، ويتمتع بصفته تلك بالعديد من الحقوق السياسية التي يمارسها كبقية الأفراد. فلا يجوز أن تؤدي الصفة الوظيفية إلى تجريد عدد لا يستهان به من مواطني الدولة من ممارسة حقوقهم السياسية. فذلك أمر غير مقبول وغير مستساغ بالنظر لما يمثله من مخالفة ومجافاة للمبادئ القانونية المستقرة، وحرمان الوطن من مشاركتهم في الحياة السياسية. لهذا قررت المحكمة بعد عودة الحياة البرلمانية لوضعها العادي إباحة تأليف الأحزاب السياسية وفق شروط وضوابط حددها قانون الأحزاب الأخير رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢، كما أنه قرر حق الموظفين العموميين في تأسيس الأحزاب والانتساب للقائمة منها. لكنه استثنى بعض الفئات الوظيفية من المشاركة في

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

تأسيس الأحزاب والانتساب إليها .

وعليه يملك موظفو الدولة كافة الانتماء إلى الأحزاب السياسية سواء كانوا عاملين في الجهاز المركزي ( الوزارات والدوائر التابعة لها ) أم في الجهاز اللامركزي (المجالس البلدية والقروية) والمؤسسات العامة التي اعتبرت محاكمة العدل العليا مؤسسات إدارية بصرف النظر عن طبيعة النشاط الذي تزاوله ومهما كانت طبيعة القانون الذي ينظم ويحكم هذا النشاط .

ويستثنى من حق الانتماء الحزبي المقرر للموظفين العموميين القضاة ورجال القوات المسلحة والأجهزة الأمنية المختلفة، وهي فئات وظيفية يتعين عدم تسييسها بأي حال من الأحوال، فهي حارس الديمقراطية . ولاشك أن مشروعية الانتماء الحزبي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمشروعية الأحزاب السياسية نفسها، ويراوح حق الموظفين في الانتماء الحزبي ما بين الإباحة والحظر، فقد حظرت الأحزاب السياسية في الأردن مدة طويلة جداً استمرت منذ عام ١٩٥٧ إلى ١٩٩٢، فاعتبر فيها انتساب الموظف للأحزاب السرية مخالفة مسلكية تستحق العقاب التأديبي تمثل في تلك الفترة بالاستغناء عن خدماته عملاً بتعليمات الإدارة العرفية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠ التي كانت تخول الحاكم العسكري العام (رئيس الوزراء) صلاحية إنهاء خدمات أي موظف إذا مارس نشاطاً ينطوي على مساس بأمن المملكة وسلامتها .

ومن نافلة القول أيضاً إن الانتساب إلى بعض الأحزاب السياسية كالحزب الشيوعي جريمة جنائية وتأديبية معاً . وهو الوضع الذي انتهى بصدر قانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٢ الذي ألغى قانون مقاومة الشيوعية لعام ١٩٥٣ .

وإذا أصبح مباحاً للموظفين الانتماء إلى الأحزاب السياسية القائمة، فإن صفتهم الوظيفية تفرض عليهم العديد من الواجبات الوظيفية التي تستهدف في المقام الأول حيادهم واستقلالهم إزاء كافة التيارات والقوى السياسية والاجتماعية. فيتعين عليهم التحفظ عند التعبير عن آرائهم السياسية، ويزداد على هذا حدة، وقوة بخصوص الموظفين شاغلين للوظائف السياسية، وهي الوظائف التي يُختار شاغلوها وتُنهي خدماتهم لاعتبارات سياسية. كما يتوجب عليهم الولاء السياسي للوطن بكامله، وهو ولاء لا يجوز التهاون أو التساهل فيه. كما يجب عليهم أيضاً الولاء لرئيس الدولة بصفته الرسمية لا الشخصية.

#### وبناءً عليه نرى تقديم التوصيات التالية :

أولاً : يجب تحديد الوظائف السياسية التي يترك أمر التعيين فيها وإنهاء خدمات شاغليها لتقدير الحكومة المسؤولة أمام البرلمان والرأي العام . وآية ذلك أن من حق الحزب الفائز في الانتخابات النيابية والمكلف بتشكيل الحكومة تعيين أنصاره في الوظائف العليا لكي يتمكن من تنفيذ سياسته العامة.

ثانياً : يتعين توضيح واجب التحفظ في الحياة السياسية المكلف باحترامه الموظفون الحزبيون كافة. وعلة ذلك أن غياب الوضوح الكافي أدى إلى استغلال بعض الموظفين لوظائفهم أو على أقل تقدير لمكانتهم الوظيفية لصالح بعض المرشحين في الانتخابات النيابية الأخيرة.

## حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

---

ثالثاً : يتوجب توضيح واجب الحياد الوظيفي الملقى على كاهل الموظفين الحزبيين  
حماية لأنصار الأحزاب السياسية المعارضة. فمن غير المقبول أن يعمل  
الموظف الحزبي لصالح أنصار حزبه وأتباعه فقط.



of obligations on them which are represented by the following two obligations :

1. To be conservative in political life.
11. To be neutral in performing his official job.

The researcher at the end of his research made some recommendations towards clarifying things to the Jordanian public employee in order to safeguard him once he joins a political party. These recommendations are represented in the following :

1. The necessity to identify political positions filling and termination of their incumbents are inherited rights to the governments, in order to allow the winning party in parliamentary elections to appoint its members in those positions for the sake of applying the party's general policy.
11. The obligation of being conservative in political life has to be clarified.
111. The obligation of neutrality in performing official job has also to be clarified.



*Abstract*

**The Jordanian Public Employee  
and  
The Right Join Political Parties**

*By*

*Dr. Ali Khttar shtnawy*

Teacher of Administration Law at Faculty of Law Jordan  
Univeresity

Establishing political parties was benned in the Hashemite Kingdom of Jordan during the period 1975 to 1992. During this period, joining a hidden party by a public employee was considered as a behavioral breach leading to disciplinary action, which was at that time, termination of the employee's services in accordance with martial law No 4/1970.

In 1992 Political Parties Law No 32/1992 was released which gave public employees the right to establish political parties and to join existing ones. Some categories have been exempted from this right such as Judges, Military Men and Security Departments employees as they are considered incumbents of positions which should never be allowed to practice political activities for being guardians of democracy.

Although the Political Parties Law allowed public employees in general, except the exempted categories, to participate in establishing or joining political parties, but laid down a number





**دراسات**

**باللغة الإنجليزية**

**Studies in English Language**



## ملخص

### نظرة موضوعية

في النزاع بين إيران ودولة الإمارات العربية المتحدة  
بشأن الجزر الثلاث : أبو موسى، طنب الكبرى وطنب الصغرى

د. مدوس فلاح الرشيد

أستاذ حقوق الإنسان والقانون الدولي للبحار

في كلية الحقوق - جامعة الكويت

إذا مانظرنا إلى موضوع هذا النزاع نظرة موضوعية، فإننا نجد أن دول الخليج لم تطبق مبادئ القانون الدولي المعاصر لحل نزاعاتها الإقليمية مما أدى إلى قيام حربين في عام ١٩٨٠ و١٩٩١، ومن الأمثلة الحية على ذلك الوضع المتفجر بين جمهورية إيران الإسلامية ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن النزاع على الجزر الثلاث، والذي من الممكن أن يقود إلى حرب خليج ثالثة آجلاً أم عاجلاً.

لذلك فإن مهمة هذه الدراسة، هي تأصيل وجهة نظر موضوعية، تتمثل بتحديد الأسس التي تقوم عليها الإدعاءات الإيرانية بالسيادة على الجزر الثلاث، والأسس التي يقوم عليها رفض إماراتي الشارقة ورأس الخيمة لهذه الإدعاءات، ثم مواءمة هذه الأسس جميعاً مع مبادئ القانون الدولي المعاصر لاكتساب الحق على الإقليم وماتقضي به هذه المبادئ في مثل هذا النزاع.

ولما كانت الإدعاءات الإيرانية بالسيادة على الجزر الثلاث قد ظهرت في وقت كانت فيه هذه الجزر تحت السيادة الواقعية لإمارتي الشارقة ورأس الخيمة، فإنه يقع على عاتق إيران عبء إثبات امتلاكها لهذه الجزر وفقاً لأي مبدأ من مبادئ القانون الدولي المعاصر بامتلاك الإقليم، كمبدأ الحصول على الحق في الإقليم، أو مبدأ الأثر الفعال للسيادة على الإقليم، أو مبدأ الاعتراف الدولي، وهو أمر لم تستطع إيران إثباته حتى الآن. كما أن هذه المبادئ جميعاً تسند موقف الطرف الآخر على أساس أن هذه الجزر كانت تحت السيادة الإقليمية لإمارتي الشارقة ورأس الخيمة قبل الاحتلال الإيراني لها في عام ١٩٧١، كما أن الاعتراف الدولي بدولة الإمارات العربية المتحدة يتضمن الاعتراف بسيادة هذه الدولة الجديدة على إقليمها ومن ضمن هذا الإقليم الجزر الثلاث، وبالتالي فإن هذا النزاع ينبغي أن يحل وفقاً لقواعد القانون الدولي المعاصر.

ولايتأتى ذلك إلا بتطبيق مبدأ الامتناع عن التهديد بالقوة أو استخدامها في حل هذا النزاع، كما أشار إلى ذلك ميثاق الأمم المتحدة وميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي، مما يعني أن الاحتلال الإيراني للجزر الثلاث عام ١٩٧١ يعتبر خرقاً فاضحاً لهذا المبدأ من ناحية، ومن ناحية أخرى يعتبر اعتداء يمنح دولة الإمارات العربية المتحدة اللجوء إلى حق الدفاع الشرعي في الوقت المناسب متى أصبحت قادرة عليه لاستعادة هذه الجزر، حتى ولو وافقت إيران على اللجوء إلى إجراءات حل النزاع بالطرق السلمية رجوعاً إلى الأصل في النزاع.

وإذا كان اتباع إجراءات حل النزاع بالطرق السلمية، التي تضمنتها المعاهدات

الدولية الشارعة، كميثاق منظمة الأمم المتحدة وميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي، هو حق اختياري لكل دولة، فإن القانون الدولي والقانون الإسلامي لا يعفي أياً من طرفي النزاع من مسؤولية الحل بالطرق السلمية، كالتزام تفرضه القواعد الآمرة في هذين النظامين.

فهذه القواعد قد نشأت وتبلورت عن القانون الدولي والقانون الإسلامي، ومن أهم هذه القواعد، بالنسبة لهذا النزاع، قاعدة حل النزاع بالطرق السلمية وقاعدة العقد شريعة المتعاقين، كما أشارت إلى هذه القاعدة الأخيرة المادة ٢٦ من اتفاقي فيينا بشأن قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩. فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين قد تم تبنيتها في هذه الدراسة كوسيلة لإجبار طرفي النزاع للرضوخ إلى حل هذا النزاع بالطرق السلمية، حيث أشارت المادة ٣٨ (١) ج. من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، إلى أن هذه القاعدة معترف بها في جميع الأنظمة القانونية، ومن بينها القانون الإسلامي. ولما كانت جمهورية إيران الإسلامية ودولة الإمارات العربية المتحدة قد أعربت عن موافقتها المتضمنة في تصديقهما على ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي، هذا الميثاق الذي يعتبر معاهدة ملزمة لأطرافها، فإن التزام طرفي النزاع بحل هذا النزاع وفقاً للإجراءات التي حددها هذا الميثاق لم ينشأ بسبب تصديقهما على هذا الميثاق، بل بسبب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وقد حدد ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي إجراءات هذا الحل في المادة (٢) ب، ٤، كالمفاوضات، الوساطة، التوفيق والتحكيم.

ولما كان القانون الدولي والقانون الإسلامي يمنح أطراف النزاع الحق في اختيار

الإجراءات المناسبة للحل، فإن طرفي النزاع كدولتين مسلمتين ينبغي عليهما اتباع ممارسات الدولة الإسلامية، والتي عادة ماتفضل إجراءات التحكيم على الإجراءات القضائية الأخرى، حيث أنه في إجراءات التحكيم يشارك أطراف النزاع أنفسهم في صنع القرار. وإذا كان ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي لم يخصص إجراءات معينة للتحكيم، فإن هذا الميثاق قد حدد إجراءات خاصة للمفاوضات والوساطة والتوفيق. وأخيراً وليس آخراً، فإنه ينبغي التأكيد في هذه الدراسة على أن حل موضوع هذا النزاع من خلال أي من هذه الإجراءات ليس فقط أمراً مطلوباً في القانون الدولي المعاصر، بل أيضاً أمراً إلزامياً بنص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.



## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

referred to in Article V (2) g. Lastly, it is to be emphasized by this study that the settlement of the present disputes through anyone of these procedures is not only obligatory under international law, but required by the Holy Qur'an and the *Sunna* as well.



from the responsibility to settle their differences by peaceful means, as required by the principle of *jus cogens*.

The principle of *jus cogens* has evolved through conventional and customary international law, the importance of which, for the present disputes, are the principles of peaceful settlement of the disputes and of *pacta sunt servanda*, as defined in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The principle of *pacta sunt servanda* has been employed by this study as the key for the compulsory settlement of the disputes, whereas it is recognized by all legal systems, including the Islamic legal system as demonstrated by Article 38 (I) c of the I.C.J. Statute. Just in one single treaty, without exploring the rest, the principle obliges the parties to the present disputes on the grounds that the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. gave express consent, embodied in their instruments of ratification to the Charter of the O.I.C., which, as a treaty binds the parties not because of their instruments of ratification, but specifically due to the principle of *pacta sunt servanda*. Under this principle, the two states are to apply the procedural mechanism of peaceful settlements embodied in Article II (B) 4 of the charter of the O.I.C. to the disputes, such as negotiation, mediation, reconciliation and arbitration.

As compulsory procedures imposed by international and Islamic law, the parties have mutually to choose between the techniques employed by each procedure. As previously stated, the Islamic states usually prefer arbitration to adjudication, for the parties themselves take part in the decision. The Charter, however, does not specify any arbitral procedures, even though it envisages certain techniques for negotiation, mediation and reconciliation, as



solved by the most effective peaceful procedures.

#### **4.4 The Islands and the Most Applicable Procedures for the Peaceful Settlement of the Disputes over them :**

As it has been pointed out, the three islands are in harmony with the concepts of territory and of islands in international law, for which the application of the procedures of international law for the settlement of disputes over pieces of land, are only required. The guiding principle of the application of these procedures is the faithful observance of the principle of abstention from the threat or use of force in settling the disputes, as asserted in the Charters of the U.N. and of the O.I.C. Accordingly, the forceable annexation of the three islands in 1971 by Iran, when the emirates were militarily vulnerable, which had no legal support of international law, constituted a breach of this principle. This act, under international law enables the U.A.E. to invoke the right of self-defence at any appropriate time in the future to recover the disputed islands from the Iranian occupation, unless Iran accepts the U.A.E.'s invitation to submit the disputes for peaceful settlement in accordance with the procedures recognized by international or by Islamic law.

It is true that these procedures are voluntary, but they are embodied in multilateral law-making treaties, such as the Charters of the U.N. and of the O.I.C. Article 33 and 37 of the U.N. Charter are embodied general procedures for the settlement of international disputes, which are reiterated in Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C., such as: "negotiation, mediation, reconciliation or arbitration". The articles do not impose any obligation on the disputant states to follow any one of these procedures, but international and Islamic law do not release anyone of the disputant states

of their title to the islands.

#### **4.3 Examination of the Bases of the Claims and Counterclaims against the Prevailing Principles of Contemporary International Law :**

It has been noted also that Iran has raised her claims of sovereignty over the three islands while the islands were in the possession of Sharja and Ras al-Khaima; a fact which puts the burden of proof on Iran's part to support her claims of any one of the overruling principles of contemporary international law, such as the acquisition of title to territory; effectiveness; and recognition. Thorough investigation, however, of the application of each one of these principles to the basis upon which the Iranian claims are founded has clearly presented unsubstantial legal bases, or at least no support at all to the claims. The counterclaims presented by Sharja and Ras-al-Khaima have been equally treated as those of Iran, whereas the legal grounds of the counterclaims have been thoroughly examined against the overriding principles of contemporary international law, such as the principle of territorial sovereignty and of recognition of newly independent states. It has been evidenced that the principle of territorial sovereignty in both its negative and positive aspects runs contrary to the Iranian forceable annexation of the three islands in 1971. At the same time, the principle of territorial sovereignty has been firmly exercised by Sharja and Ras al-Khaima over the three islands. Upon the formation of the U.A.E., she was recognized as a newly independent state; a recognition which implied an acknowledgement of title to her territory, which means, under international law, that the three islands, as parts of her territory, came under the sovereignty of the U.A.E., and therefore, the disputes over them could be

in its merit in order to reach its full extent. Deep scrutiny, however, reveals that the disputes consist of claims of sovereignty over the islands which are founded in certain legal grounds alleged by Iran, and counterclaims based on other legal grounds maintained by U.A.E. on behalf of Sharja and Ras al-Khaima. The study has reached its aim through analysis of the issue, the balance between the two arguments in order to reach the basis of each of them, the examination of the basis of each argument against the overriding principles of contemporary international law, and the finding out of positive and effective procedural disputes.

#### **4.2. The Bases of the Claims and Counterclaims :**

The study has explored, for the investigation of the basis of the claims and of the counterclaims, the location of the three islands, whereas the three islands have been found as close to the two emirates as to Iran . The three islands are populated by Arabs from the same origin as the populations of the two emirates, facts also which are more supportive to the U.A.E.'s counterclaims than to the Iranian claims.

The Iranian claims of sovereignty over the three islands are merely founded on the principles of historical title, of geographical contiguity, of conquest in traditional international law, and of recognition, all of which have coincided with the threat of, or use of, force and its maintenance.

The principles upon which the Iranian claims are based have been counterclaimed by Sharja and Ras al-Khaima on the grounds that the three islands have been historically recognised as parts of the territories under their continuous sovereignty, and the international recognition of the U.A.E. as a newly independent state has embraced the recognition

principles to many territorial disputes, resulting in the two horrible and destructive wars of 1980 and of 1991. This odd attitude has not been positively reconsidered by the Gulf states, as it can now be seen in the very boiling disputes between the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. over Abu Mosa Island and the two Tunb Islands.

As an ongoing problem endangering peace and security in Gulf, the disputes between the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. have attracted much more investigation here than others, in which historical facts have been employed for the realization of the practical application of the principles of contemporary international law.

As historical facts confirmed by official documents, the three islands had been in the possession of Sharja and Ras al-Khaima, before Britain entered the Gulf in 1820, and even before Iran raised her claims of sovereignty over the three islands at the beginning of this century. Political pressure, as exerted on the Ruler of Sharja to conclude the so-called Memorandum of Understanding with Iran in 1971, which resulted in the stationing of Iranian forces in Abu Mosa Island. The use of force, by the Iranian occupation of the two Tunb islands on 30 November 1971, has been historically evidenced as the reason behind the loss of the two emirates' possession of the islands. In spite of all these facts, which favorably add some legal weight to the U.A.E.'s counterclaims, the U.A.E. on behalf of her two component emirates, has occasionally endeavored to convince Iran to submit the disputes to an international body for peaceful settlement; a move which has been always rejected by Iran.

The realization of practical application of the principles of contemporary international law to the disputes, as the aim of the study, requires the treatment of each aspect of the disputes

*sunna*, saying that : " But no, by thy Lord, they can have No (real) Faith, until they make thee judge in all disputes between them, and find in their souls no resistance against Thy decisions, but accept them with the fullest conviction".<sup>(1)</sup> The second case concerns the disputes between couples and the submission of the disputes to arbitrators from both families<sup>(2)</sup>. This technique has been effectively followed throughout the practice of the Islamic state in settling disputes, the importance of which was the arbitration between the Prophet (peace be upon him) and Bani Quraza<sup>(3)</sup>.

#### **4. Conclusions :**

Finally, we may summarise our conclusions as follows :

##### **4.1. The Approach :**

The enduring quest for a peaceful settlement of the disputes between the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. over the three islands has potentially paved the way for the parties to accommodate their differences by replacing the rule of force with the rule of contemporary international law. For this end, the study has illustrated how the antecedent principles of international and Islamic law interacted through the practice of Islamic and non-Islamic states. From this process, certain obligatory principles for peaceful settlements of disputes have formed and have become generally binding on all states, including the Gulf states, as parties to several multilateral law-making treaties. Notwithstanding the recognition of the Gulf states of these principles, as promulgated in the treaties, it has been evident that some of these states have not, in practice, applied those

---

(1) The Holy Qur'an , Al-Nisa' IV, 65.

(2) Ibid, Al-Nisa' IV, 35.

(3) Ibn Hisham. Al-Sira al-Nabawiyya, edited by Mustafa al-Saqqa and others, Mu'assasat ' Ulum al-Qur'an, (no date), part 2, p.239.

Finally, if all these peaceful settlement techniques have been ineffective the parties should resort to arbitration.

The Islamic state usually prefers arbitration to a judication, since the parties to the disputes take part in the judgement. Article II (B) 4 does not specify the way of applying arbitration techniques to disputes between the member states. Regarding negotiation, mediation, and reconciliation, the Article envisions certain techniques, such as the use of diplomatic channels and the good offices of a third party, or through the foreign ministers of the Islamic Conference, as referred to in Article V (2) g of the Charter of the O.I.C. The Charter, however, does not specify any body or bodies as arbitrators.

This mandate has been entrusted to the Council by Article 5 of the Charter of the Arab League to conduct arbitration and mediation, provided that the decision is taken by a majority of votes. The main deficiencies of the Article are the exclusion from arbitration of all disputes regarding the independence, sovereignty and territorial integrity of any member state.<sup>(1)</sup> In addition the Arab states did not accept the compulsory jurisdiction of Council, and the Council had failed in many arbitration cases.

As it has never been impossible for any party to agree on the appointment of an arbitrator, the application of arbitration techniques to the present dispute is not only required by international law but also obligatory in the Holy Qur'an and the *Sunna*. Acknowledgedly, the Holy Qur'an refers to arbitration techniques in two cases : the first is to arbitrate to the prophet (peace be upon him), i.e. to the

---

(1) Foda, E. The Projected Arab Court of Justice, A Study in Regional Jurisdiction With Specific Reference To the Muslim Law of Nations, The Hague 1957, p.22.

#### POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

in the terms laid down in Article 2 para. 4 of the U.N. Charter, the principle of peaceful settlement of disputes<sup>(1)</sup> and the principle *pacta sunt servanda*, as defined in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties .

The last two principles effectively cover the present dispute and thus, provides a peaceful solution, not only in accordance with international law, but also with regard to Islamic international law. The principle of *pacta sunt servanda* binds the parties to the present dispute, as it draws its validity from the fact that it has always continued as an integral part of most legal systems, including Shari'a, to which Article 38 (I) c of the I. C. J. Statute refers as constituting: "general principles of law recognized by civilized nations". The Islamic Republic of Iran and the U.A.E. gave their express consent as embodied in their instruments of ratification to the Charter of the O.I.C.<sup>(2)</sup>, as a treaty, which derives its binding force not from the instruments themselves, "but from the principle *pacta sunt servanda* - an antecedent general principle of law. The law is that the obligation must be carried out but the obligation is not, in itself law"<sup>(3)</sup>.

The obligation ensuing from the Charter of the O.I.C. is that the two states should apply a peaceful settlement mechanism embodied in the Charter. Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C. contains various techniques for peaceful settlement, adopted from the practice of the Islamic state, among which the parties to the dispute ought to choose, beginning by negotiation, mediation and reconciliation.

- 
- (1) on general principles accepted as *jus cogens*, see: Ago, R. Hague Recueil des Cours, 1971, III, p.324.
  - (2) U.N.T.S., 1974, vol. 914, p.111.
  - (3) Fitzmaurice, Sir Gerald. Some problems Regarding the Formal Forces of International Law, *Symbolae Verzijl*, 1958, p. 153.

### 3.2.2.2. Application of the Most Appligatory and Effective procedures in Islamic Law to the present Disputes :

The question which arises here, is whether or not there are apligatory rules, in international law or in Shri'a to compel the parties to the present disputes to submit the dispute for a peaceful settlement, such as adjudication, conciliation or arbitration? Generally speaking, the submission of a dispute to adjudication or arbitration, in international law and Shari'a, is a voluntary act, but the settlement of the dispute by peaceful means may involve rules of *jus cogens*; rules which compel the parties to settle their dispute by peaceful means.

In international law, *jus cogens* can be defined as being those principles or norms from which no derogation is permitted<sup>(1)</sup>. According to article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, it is an additional characteristic of a norm of *jus cogens* that it "... can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character". The principles of *jus cogens* evolve through multilateral law-making conventions, or throgh international customary law. Article 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that : If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates". "It may be interpreted that the use of the word "emerges" in the previous article means that a norm of *jus cogens* could be one of the principles of conventional and customary international law, the importance of which, for the present dispute, are: the prohibition against the threat or use of force

---

(1) see generally: suy, E. and others. The Concept of Jus Cogens in International Law, 1967; Sztucki, J. Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties; A Critical Appraisal, 1974.



## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

(I.C.J.), or to accept the submission of the disputes to this court by the U.A.E. The two states have to mutually agree to submit the disputes for judicial settlement; in this way, and only in this way, such submission is not regarded as derogation of sovereignty<sup>(2)</sup> by either one of the two states.

The Iranian attitude towards judicial settlement of the present disputes is in conformity with the widely prevailing view in international law that judicial agencies are not suitable for settlement of all disputes which result from the conflict of interests<sup>(3)</sup>. The unilateral submission of the dispute to an international tribunal, or to an international organization or regional organization, is regarded by the other party as constituting a non-freindly act<sup>(4)</sup>. It is also evident that Article 2, 33 and 37 of the U.N. Charter do not oblige any one of the disputant states to follow the procedures of the settlement numerated threin, but instead the articles leave this matter to the free choice of the disputant states. The failure of the disputant states, however, to reach a mutual agreement on following any one of these procedures resulted in the prolongation of the disputes and endangered international peace and security in the Gulf. Accordingly, a positive approach to the peaceful settlement of the present dispute makes it more pertinent to continue the investigation by looking for more appligatory and effective procedures for the settlement .

---

(2) Ibid.

(3) Anand, R. The Role of New Asian-African Countries in the present International Legal Order, American Journal of International Law, hereinafter refer to as : (A.J.I.L.), 1962, vol.56, p.393.

(4) Ibid, p .406.

declares that : "Should the parties to a dispute of the nature referred to in Article 33 fail to settle it by the means indicated in that Article, they shall refer it to the Security Council". These methods are, in one way or in another, reiterated in Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C., such as : "negotiation, mediation, reconciliation or arbitration".

Article 33 (I) uses the phrase " first of all " before the term: "negotiation", which may be construed as qualification of the settlement of the disputes through negotiations as the primary method. Hence, the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. may rely, first of all, on the method of negotiation in settling their disputes over the three islands. If the disputing parties fail to succeed to negotiate, they may then resort to mediation, reconciliation, or arbitration.

Article 33 (I) of the U.N. Charter refers to "judicial settlement", that is not mentioned in Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C., which means that Islamic states, as has been the case with other states, do not always take a positive attitude towards the judicial procedures of pacific settlement of disputes. This attitude of states towards judicial settlement widely appeared in the declaration on principles of international law; despite the declaration was based on Article 2 (3) and Article 33 (I) of the U.N. Charter. In this declaration, the states place more emphasis on the principle of sovereignty in order to be free to choose the procedures of settlement <sup>(1)</sup> .

Therefore, the Charter of the O.I.C. does not impose any obligation on the Islamic Republic of Iran to submit the present disputes to the International Court of Justice

---

(1) Continental Shelf Cases, I.C.J. Reports, 1969, p. 47; Brownlie, Basic Documents, opcit, p.40.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

international disputes, as embodied in various treaties to which the two states are parties.

The principle of peaceful settlement of disputes, as embodied in Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C is intimately connected with the principle of the "abstention from the threat or use of force against the territorial integrity, national unity or political independence of any member State", as has also been laid down in Article II(B) 5 of the same Charter. Both articles are in conformity with the cardinal sense of Article 2 (3) and Article 2 (4) of the U.N. Charter <sup>(1)</sup>.

Article 2 of the U.N. Charter does not specify the methods or procedure by which states can settle their disputes, leaving this matter to Article 33 and 37. Article 33 and 37 are embodied general procedures specifically employed for the settlement of international disputes. Article 33 (I) of the U.N. Charter states that : " The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice". If any settlement of the dispute is not reached, in accordance with the previous Article, the disputant states may use the methods embodied in Article 37 (I) of the Charter, which

---

(1) Article 2 of the U.N. Charter states that :

"3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.

4. All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations".

states<sup>(1)</sup>, the last but not least of which includes the Charters of the U.N. and of O.I.C. The provisions of some of these treaties, such as the Charter of the United Nations, are, in general, preserved and applied by non-contracting states; in other words, those states which are not parties to the Charter cannot contest the binding effects of the Charter provisions, such as the prohibition of the use of force, the obligation to settle disputes by peaceful means, etc. It is also evident that the said universal international rules are binding upon these not as conventional rules but as customary rules ensuing from general practice of states. The formation of these rules, like the conclusion of treaties, is subject to the will of the states. As the states can create and modify treaties by their consent, they can accordingly do so with regard to customary rules <sup>(2)</sup>.

The creation of these customary rules are the result of a process in international law that is most difficult to trace, but the recognition of the rules as international customary rules can be ascertained unequivocally only when a state in its relevant practice clearly indicates its will and conviction that it accepts the rules in question as binding norms. As successors to the Islamic state, the consent of the Islamic Republic of Iran and of the U.A.E. to be bound by international conventional and customary rules can be asserted by the mere fact that the two states are parties to the U.N. Charter and members of the international community, and thus accordingly, they are bound by the overriding principles of international law which governs international disputes. One of these principles is the principle of peaceful settlement of

- (1) Khadduri, M. War and Peace in the Law of Islam, 1955, p.202; Moinuddin, H. The Charter of the Islamic Conference, ClarendOn press, 1987, p.40
- (2) Villiger, N. Customary International Law and Treaties, Martinus, 1985,p.4.

## **POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS**

embodied in the present articles justify the conclusion that the legality of the Iranian use of force was extremely doubtful as a means to settle the disputes over the islands, which were under the sovereignty of the two vulnerable emirates. In this case, the non-observance of the principle: "abstention from the threat or use of force" by Iran constitutes a breach of her international obligations; an action condemned by the international community. This conclusion also supports the U.A.E's claim to be entitled to use force individually or collectively in self-defence, at any appropriate time, to restore her sovereignty over the three islands.

The only remedy for the Iranian breach of international law and the prevention of the use of force by the United Arab Emirates, using her right of self-defence to restore her sovereignty over the three islands, is to be found in the immediate withdrawal of all Iranian forces from the three islands. Correspondingly, the two states must sincerely seek a peaceful settlement to the disputes in accordance with the procedures required by international and /or Islamic law.

### **3.2.2. Required procedures For peaceful Settlement of the Disputes in International and Islamic Law :**

#### **3.2.2.1.The procedures of International Law For the Settlement of the present Disputes :**

As it is known, the material elements of international law are entirely composed of international treaties and customary rules, the crystalization of which has intimately attributed to states throughout their history. Since the rise of Islam, Islamic states to which the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. are successors, have concluded many international treaties with non-Muslim

the O.I.C. and Article 51 of the U.N. Charter lead to a negative answer justifying the Iranian occupation of the islands, though this view is subject to examination. This can be understood from the language of Article 51 of the U.N. Charter, which requires that an actual armed attack must occur in order to use the right of self-defence<sup>(1)</sup>. The phrase : "if an attack occurs" creates a controversial issue regarding the so-called anticipatory self-defence. Some scholars have alleged that Article 51 does not prohibit this Kind of self-defence which can be used against an imminent attack<sup>(2)</sup>. This flexible interpretation of Article 51 may be embarked upon by Iran in order to justify her occupation of the three islands under the pretext of anticipatory self-defence, for the evaluation of the armed attack, as actual and imminent, is left to her discretion. Therefore, under Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. and on Artical 51 of the U.N. Charter, Iran could have claimed that the islands had been taken from her by Great Britain, and then were given to the two emirates when these emirates were under the Btitish protection. Upon the withdrawal of Great Britain from the Gulf on 31 November 1971, there was an expectation of imminent armed attack on the three islands created by the forces of the Arab Emirates stationed around the islands, which justified the use of force to defend the Iranian sovereignty over them.

This contention is possilply relevant, notwithstanding that anticipatory self-defence is not only a controversial subject in international law, but also runs contrary to Article 2/3 of the United Nations Charter, which requires: member states to settle their disputes by peaceful means. Thus, there is no positive answer to this question. The principles

- (1) Kelsin, H. The Law of the United Nations, London 1950, p. 914.
- (2) Waldock, C. The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, Recueil des Cours, 1952, vol. 8, p. 498.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

addition, the two emirates have continued calling upon Iran, after the occupation of the three islands, to withdraw her forces from the islands, and thereafter to submit the disputes to any international body<sup>(1)</sup>, but the Islamic Republic of Iran met that call by a refusal and by threatening to defend her possession in the three islands by force. These facts lead to the conclusion that nothing to explain the replacement of Sharja and Ras al-Khaima by Iran in the three islands unless, by using non-provocative military forces by the latter; an action amounts to aggression under international law.

It is noteworthy, however, that, if aggression occurs, Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. and Article 2 (4) of the U.N. Charter do not impair the inherent right of self-defence<sup>(2)</sup>. If the U.A.E. had invoked force against the Iranian occupation of the three islands on 30th of November 1971, it would have been in accordance with article 51 of the U.N. Charter. The article states that : "the inherent right of individual or collective self-defence" is to be exercised "if an armed attack occurs". The enhancement of the principle of self-defence by the U.A.E. , at the time of the Iranian invasion of the islands, requires from the former available and ready military forces to resist the foreign invasion. No prompt resistance, it is to be noted, was taken by the forces of the two emirates, for they were militarily in a vulnerable possession. The question, which quests for an immediate answer hereinafter, is, does the U.A.E. have the right, under conventional international law, to invoke the right of self-defence against the foreign invasion of the three islands at the appropriate time?

### Liberal interpretation of Article II (B) 5 of the Charter of

- (1) see : Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. , *opcit* .
- (2) Bowett, W. Self-Defence in International Law, 1958, p.185.

The Islamic Republic of Iran has always contended that her action in occupying the three islands was in conformity with this principle in the sense that the islands had never been an integral part of Sharja and Ras al- Khaima, but parts of the Iranian territory, and maintained that Iran had never used force to occupy the three islands. Conversely, the U.A.E., according to the official view, has alleged that if the Iranian argument was accurate with regard to Abu Mosa island it was not so with regard to the Tunb islands, for the two islands were under the sovereignty of Ras al-Khaima up to the 30th of November 1971, the time of the landing of the Iranian forces on the islands. Gradually, the Iranian forces completed the occupation of the two Tunb islands, without due regard to the obligations stipulated in the 1971 Memorandum of Understanding between Iran and Sharja.

It seems here, from the two arguments of the disputant states that "the use of force" is one of the main factors of the disputes over the islands, hence these claims should be investigated in the light of Conventional international law, Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. and Article 2 (4) of the U.N. Charter use the term 'Force', as primarily denoting the use of : "armed forces", which includes the regular or irregular forces of a state <sup>(1)</sup>, such as the military and police forces. From this definition, one may inquire how the Iranian forces stationed themselves in the three islands on 30th of November 1971 while the islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima? If it was true that there was a Memorandum of Understanding between Iran and Sharja to station some Iranian forces in certain part of Abu Mosa island,, there was not such agreement between Iran and Ras al-Khaima allowing the former to station any forces in the two Tunb islands. In

---

(1) Brownlie, I. Basic Documents in International Law, 1983, p.38.



## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

This attitude contradicts the international obligations imposed upon Iran by U.N. Charter and by the Charter of the I.C.O.

Taking into account this argument, the examination of the Charters show that Article II (B) 5 of the Charter of the I.C.O. requires that : "The member States decide and undertake that, in order to realize the objectives mentioned in the previous paragraph, they shall be inspired and guided by the following principles : ... abstention from the threat or use of force against the territorial integrity, national unity or political independence of any member State.". The Article embodies one of the main principles in the O.I.C. 's Charter, which is the principle of respect of the territorial integrity and political independence of each member state. This principle becomes meaningless if it does not prohibit the threat or the use of force to resolve the present disputes. The Article also contains the principle of "abstention from the threat or use of force", which has been adopted from Article 2 (4) of the U.N. Charter. The principle is of a fundamental nature in international law, for it contains contractual obligation, ensuing from the Charters, and as a customary rule having the same binding force on non-member states and member states of the O.I.C. and of the U.N.<sup>(1)</sup>.

The preservation of the obligations ensuing from the principle by the disputant states means that the two states have to abstain from the threat or use of force "against the territorial integrity, national unity or political independence of" any one of them. Consequently, any territorial claims arising between the two states should be settled in accordance with this principle, i.e., by peaceful means, not by force.

- (1) Brownlie, I. International Law and the use of Force by States, Oxford 1963, p.113; Jessup, P. Non- Universal International Law, Columbia Journal of Trans-National Law, 1973, vol. 12, p. 426.

Zone which was only ratified by the Islamic Republic of Iran. Article 10/1 of the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone and Article 121/1 of the 1982 Convention on the Law of the Sea define the term 'island' as: "... a naturally-formed area of land, surrounded by water, which is above water at high-tide..". The legal nature of the disputed three islands complies with concept of "island", as crystalized in conventional international law. -They are naturally not artificially formed islands <sup>(1)</sup>; They are also surrounded by sea water and - They are above water at high-tide, i.e., the islands constitute natural pieces of land, and thus, the disputes over the islands are subject to certain rules of international law, which are somewhat different from those governing disputes over sea areas. This study is concerned with the former catagory of rules, eventhough the two catagories may submerge to cover one single dispute.

### **3.2 The Most Applicable and Effective Mechanism For Settling the Disputes over the Three Islands :**

The settlement of the present disputes mainly depends on certain mechanisms embodied in principles and procedures defined by international law, for the parties to be reseved. The guiding principle of all is the parties' observance of abstention from the use of force in settling the disputes.

#### **3.2.1. Application of the principle of abstention From the Threat or Use of Force to the Present Disputes :**

Each one of the disputant states claims that the three islands constitute an integral part of its territory , but only the United Arab Emirates has alleged that Iran used military forces to annex the islands from the two emirates in 1971; and continued to threaten to defend her illegal position there.

---

(1) Sultan, Dr Hamid. Al-Qanoon al-Dawli al-'amm Fi Waqt al-Silm, Dar al-Nahda al-Arabiyya, 1974, p.673.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

boundaries between the opposite states, such as the U.A.E. and the Islamic Republic of Iran . Such effects can be seen in the present case, since the disputes between the two states over the islands have led to other disputes concerning the definition of their maritime boundaries <sup>(1)</sup>.

The concept of an island has been well defined in the practice of the Gulf States, even though it somewhat differs from that of international law, Article 1 of the Saudi Arabian decree on territorial waters of February 16, 1958 <sup>(2)</sup> defines the term : 'Island' as constituting any islet, reef, rock, bar or any permanent artificial structure not submerged at lowest tide. A different definition, which is more consistent with international law, adopted by Article 1 of the Kuwaiti Decree of December 17, 1967<sup>(3)</sup>, which denotes the term 'island' as: "a naturally formed area of land surrounded by water, which is above water at mean high-water tides"<sup>(4)</sup>.

The most recent concept of an island is embodied in the 1982 Convention on the Law of the Sea, which was signed, not ratified, by the United Arab Emirates and the Islamic Republic of Iran on 10 December 1982 <sup>(5)</sup>, and also before in the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous

- 
- (1) Ely, M. Seabed Boundaries between Coastal States, the Effects to be given to Islets as Special Circumstances, International Lawyer 1972, vol. 6, No.2, p.219.
  - (2) United Nations Legislative Series, hereinafter refer to as: (U.N.L.S.) National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea, 1974, p. 114.
  - (3) *ibid*, p.97.
  - (4) Different definition , however, is adopted by Article 1 of the Omani Decree of July 17, 1972, which considers the territorial waters of Oman starts from the low-water line of the coast of the main land or of "an island rock, reef, or shoal more than twelve nautical miles distance from the main land or another island, rock, reef, or shoal ", *ibid*, p.24.
  - (5) ST/LEG/SER.E/11, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, status as at 31 December 1992,p.762.

under the newly independent state of the U.A.E., just as it would if the territory was ceded to an old state. This was made clear in the Right of Passage Case<sup>(1)</sup>. The disputes over the islands could be submitted to an international body for peaceful settlement of the disputes.

As parties to the Charter of the O.I.C<sup>(2)</sup>, and to the U.N. Charter, the disputes over the three islands between the two Muslim states should be solved in accordance with the most applicable principles of international law or of *shari'a* any one of which is mostly effective and applicable to the disputes. The solution, however, can be more effectively facilitated by the definition of the legal nature of the disputed islands.

### **3. The legal Nature of the Three Islands and the Most Effective mechanism For the Settlement of the Disputes:**

#### **3.1. The Legal Nature of the Islands Under International Law :**

The definition of the concept of islands, under international law, and its applicability to the three islands are very important matters in settling any disputes over these islands. It assists in clarifying whether the disputes are arising with regard to the sovereignty over islands or over only a piece of rock. Disputes over rock or bar and suchlike are considered maritime boundary disputes, which are covered by the 1982 Convention on the Law of the Sea. Conversely, claims of sovereignty over an island, in the sense of international law, are regarded as territorial disputes, which are covered by the rules of international law governing the settlement of disputes over land areas. Moreover, islands, in the sense of international law, have certain effects on the definition of the continental shelf

---

(1) International Court of Justice, hereinafter refer to as : (I.C.J.) Reports, 1960, p.6.

(2) U.N.T.S., vol. 914, p. 111.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

U.A.E.'s title to her territory<sup>(1)</sup>; for the statehood of the U.A.E. includes the notion of territory. However, recognition of U.A.E. does not necessarily oblige the recognized state or states with regard to any outstanding disputes, such as the dispute between Iran and U.A.E. over the three islands. Certainly, the U.A.E. came into existence as a newly independent state in accordance with contemporary international law; without any disputes over its territory, except the disputes over the three islands.

One key to the disputes over the three islands, pertaining to recognition, may be found in allowing that the investigation of the title to the islands go back beyond the moment of recognition of the U.A.E. Before their independence, the seven Arab emirates, including Sharja and Ras al-Khaima were under British protection and jurisdiction. Within that jurisdiction, there are a variety of ways in which British dependencies have emerged into newly independent states, ranging from violent revolution to gradual evolution of sovereignty or sovereignties.

The Arab emirates were born through an evolutionary process and according to international law, the evolution of the emirates and their titles to their territories were matters within the domestic jurisdiction of Great Britain, until the recognition of Sharja and Ras al-Khaima with the other five emirates in 1971<sup>(2)</sup>.

Under customary international law, it has no longer been acceptable to regard that title to the three islands is settled by the mere fact of the recognition of the U.A.E., but that the three islands subsist as parts of the whole territory,

---

(1) Cf. Jennings. *The Acquisition of Territory*, opcit, p.7 ff.

(2) Abu Dhabi, Dubia, Ajman, al-Fujaira, Um al-Qowain, Frauke, H. *From Trucial States to the United Arab Emirates*, Longman, 1982, p. 347 ff.

was the ethnic relationship between the populations of the two emirates and the populations of the three islands, and the second was the flying of the flag of each one of the two emirates on the three islands<sup>(1)</sup>. Iran attempted implicitly to recognize the sovereignty of the two emirates on the three islands when the former requested, in 1930, to rent the three islands from the British Government for 50 years, but the Ruler of Ras al-Khaima stipulated the flying of his flag over the islands, a stipulation which was not accepted by Iran<sup>(2)</sup>.

Notwithstanding of the exercise of territorial sovereignty over the three islands by Sharja and Ras al-Khaima, none of these emirates provided evidence of the mode by which she has acquired title to her respective islands. The two emirates only relied on the exercise of territorial sovereignty over the islands as parts of their respective territories, and left aside the question of title to the islands to be governed by the principle of recognition of a newly independent state.

### **2.2.2. The Principle of Recognition of a Newly Independent State :**

It will be recalled that the three islands are in harmony with the concept of territory in international law, a territory which is one of the elements of statehood<sup>(3)</sup> of the U.A.E. It follows that when the U.A.E. was recognised by other states, this recognition embodied an acknowledgment of the

- 
- (1) As regards Abu Mosa Islands, it has been reported that the population of the island were 80 nationals, in addition to 7 Indian persons and two Iranians, Indian Office Library and Records, R/14/2/625, Confidential, B.O. No.88-0251, British Agency Sharjah - To C.J. Pelly, Esq. O.B.E., Political Agency, Bahrain, 20th Jan. 1949, p.1.
  - (2) Said, Dr Rosemerie. The Conflict Over the Arab Islands in the Gulf, J.G.A.P.S., April 1976, vol. 2. No.6, p.22.
  - (3) In addition to : population, government and independence, Crawford. The Creation of States in International Law, opcit, p.36 ff.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

exercised any kind of exclusive sovereignty over the islands before 1971.

The two emirates have always preserved in their practice the meaning and spirit of the principle, according to which Iran has never been able to furnish any reliable evidence that the two emirates had, at any time in history, acquired the islands from her by force. At the same time, it has been evidenced that the two emirates had exercised exclusive sovereignty over the islands before 1971, the positive aspects of which are as follows :

- Conclusion of concessions with foreign companies : Shaykh Sultan Bin Saqr al-Qasimi of Sharja concluded with the Golden valley Ochre And Oxide Co. Ltd, a concession in 1935 <sup>(1)</sup> for the exploitation of Minerals Red Oxide in Abu Mosa island.

As the British agent in Bahrain did not oppose the concession, the silence of the agent may be regarded as *de facto* recognition of the protecting state (Great Britain) of the sovereignty of Sharja over the Abu Mosa island<sup>(2)</sup>. This practice has been followed by Ras al-Khaima in respect of the two Tunb islands, and has been recognised by the protecting state, i.e. Great Britain <sup>(3)</sup>.

- Ethnic relations and the hoisting of the flags of the two emirates : Sharja and Ras al-Khaima actually exercised two aspects of sovereignty over the three islands : the first

- (1) Indian Office Library and Records, R/15/2/894- Minerals Red Oxide at Abu Mosa, 20 Feb. 1936- 6 Jan. 1948.
- (2) The protecting state did not object to the concessionary company export of the red oxide in April 1936, *ibid*.
- (3) This was affirmed by the attempts of the Golden Valley Ochre And Oxide Co. Ltd., to extent her concession to Tunb islands, Indian office Library and Records, R/15/2/893- Confidential No.C/133/24/1. Minerals Red Oxide of Tamp Island Memorandum British Agency Sharjah to the Political Agent Bahrain. 9th Feb. 1938.

al-Khaima had never exercised territorial sovereignty in the sense of international law on the islands. These claims bring into the issue the necessity to examine the definition of territorial sovereignty in international law in order to establish the limit of power of each one of the disputant states and subsequently to find out whether or not the two emirates had ever exercised territorial sovereignty over the islands.

Since the Islamic Republic of Iran and the U.A.E- with which Sharja and Ras al-Khaima united - are members of the United Nations and of the I.C.O., it is the task of international law to delimit the exercise of territorial sovereignty of each one of the two states<sup>(1)</sup>, i.e., Iran and the U.A.E. Territorial sovereignty, in general, refers to the characteristics of rights over a territory, and has positive and negative aspects. The positive aspects of territorial sovereignty appear in the exclusive exercise of authority by the disputant states over their respective territories. The negative aspects of territorial sovereignty appear in the obligation imposed by international law upon each one of the disputant states not to infringe the territorial sovereignty, integrity and inviolability of one another<sup>(2)</sup>.

If one applies the principle in its negative aspects to the disputed islands, one finds out that the Iranian forceable annexation of the islands in 1971, instead of settling the disputes by peaceful means, runs contrary not only to this principle but also to the obligation imposed on Iran by international law not to infringe the territorial integrity of the two emirates in any parts, even if these parts are subject to disputes. Moreover, the principle in its positive aspects does not support the Iranian claims, whereas Iran had never

---

(1) See generally: Jennings. *The Acquisition of Territory*, opcit, p.2.

(2) Cf. R.I.A.A., *Island of Palmas Case*, 1928, vol.2, p.839.



principles in the case of the two emirates, which are somewhat different from those applied to the Iranian claims, may be asserted as that the three islands had been under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima before Iran occupied them in 1971, and union between the seventh emirates was recognized by the international community as a newly independent state. Hence, the legality of the possession of the two emirates in these islands can only be clarified by examining this claim of possession against these principles.

### **2.2.1. The principle of Territorial Sovereignty:**

Before applying the principle of territorial sovereignty to the possession of the two emirates in the islands, the islands should be examined to see whether or not they meet the requirements of international law, regarding the concept of territory. Under international law, territory constitutes tangible framework within which a state manifests its power.<sup>(1)</sup> it includes islands, the territorial seas and the airspace above them<sup>(2)</sup>. It links a people and their government as a state, if the other requirements of statehood are met<sup>(3)</sup>.

The three islands are in harmony with the concept of territory in international law, since they were parts of the territory within which Sharja and Ras al-Khaima had exercised sovereignty before the Iranian occupation of the three islands in 1971. However, the Iranian claims of sovereignty only include the three islands from the rest of the territories of the two emirates, alleging that Sharja and Ras

(1) Hill, M. *claims to Territory in international Law and Relations*, 1945, P. 3.

(2) See Article 56 of the 1982 Convention on the Law of the Sea, Doc. A/CONF. 62/122 and Corr. 1 to 11.

(3) Crawford. *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979, p.36 ff.

recognition was an international or a bilateral one <sup>(1)</sup> .

In this case, Iran had to establish incontestable evidence that the international community as a whole has endorsed Iran's title to the islands, despite any other ambiguous or illegal situation. In the bilateral recognition, Iran would have had to furnish any proof that the two emirates or any other Arab state had recognized Iran's title to the three islands and, therefore, these states were estopped from denying the validity of the 1970 Iranian occupation of the island. However, Iran has been unable to furnish any evidence on any one of these recognitions, and thus, her action of occupying the three islands in 1971 is not only unjustified but also runs contrary to the overruling principles of contemporary international law, and also to the counter-claims presented by Sharja and Ras al-Khaima.

## **2.2. Applications of the Principles of International Law To the Counter- Claims Presented by Sharja and Ras al-Khaima :**

Since Iran has not been able to furnish uncontestable evidence in accordance with international law to justify her claims of sovereignty over the three islands, which had been in the possession of the two emirates before the Iranian occupation in 1971, the balance between the Iranian claims and the counter-claims maintained by Sharja and Ras al-Khaima requires the examination of the basis of the counter-claims against certain principles of international law, such as the principles of territorial sovereignty, and of recognition of a newly independent state.

The justification underlying the employment of these

- 
- (1) See generally Akehurst, M. Modern Introduction to International Law, 1984, 5th ed. , p.146; Lauterpacht. Recognition in International Law, London, 1948, p. 165; Chen, T. The International Law of Recognition with Special Reference to Practice in Great Britain and the United States, 1951, p.221.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

colony and annexed it by force. India justified her action before the Security Council on the grounds that Goa constituted an integral part of India that had been illegally occupied for some fifty years by a colonial power and for this reason force could be used to remedy this situation<sup>(1)</sup>. The majority of the Security Council took the view that Indian action was contrary to Article 2/4 of the U.N. Charter. Hence, the Indian action cannot be regarded, under customary international law, as a valid mechanism for acquiring title to the territory concerned, and accordingly, this would apply to the Iranian forceable annexation of the three islands. Similarly, when Indonesia forceably occupied East Timor in December 1975, the U.N. General Assembly in Resolution 3485 (XXX) called upon Indonesia to withdraw its forces from that territory, and so did the Security Council in its resolution 384. Both resolutions did not recognise the transfer of title to the territory to Indonesia by force.

The conventional and customary rules of international law invalidate conquest as a mode of acquisition of title to territory, but Iran in her argument has contested that her forceable annexation of the three islands in 1971 occurred pursuant to the recognition of her title to the three islands, an argument that merits further investigation.

### **2.1.2.4. Principle of Recognition :**

For the sake of argument, if one presumes that Iran occupied the three islands in 1971 by force pursuant to the recognition of her title to the islands, the uncertainty of the recognition is to be nullified by distinguishing whether that

---

(1) S.C.O.R., 16th year, 987th meeting, paras. 46, 60, 74.

and repeated in the Eastern Greenland Case<sup>(1)</sup>.

Accordingly, Iran cannot establish any evidence that she acquired title to the three islands in accordance with her effective control, since she has never exercised a continuous and peaceful display of territorial sovereignty over the islands, as a result of the counter-claims maintained by Sharja and Ras al-Khaima, whose acquiescence to the 1971 Iranian conquest of the islands may be taken as other grounds for further Iranian arguments.

#### **2.1.2.3. The principle of Conquest :**

The Iranian conquest of the three islands in 1971 may arguably be taken as mode of acquiring title to the islands, since the rules relating to forceable annexation of a territory afford the occupant some rights and impose upon it certain duties under international law.

This argument is true only to the extent that title *per se* <sup>(2)</sup> cannot be generated by force itself, nor may force validate, under conventional and customary international law, a possession in a territory, which is subject to disputes.

In conventional international law, Article 2/4 of the U.N. Charter declares that : "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations". Furthermore, this principle has been established in state's practice, as in the case of Goa and of East Timor. In the first one, India occupied this Portuguese

(1) P. C. I. J., 1933, series A/B, no. 53.

(2) See generally: McDougal and Feliciano. Law and Minimum World public Order, 1961, p.733; Oppenheim. International Law, 8th ed., 1955, vol. II, p. 618.

#### **2.1.2.2. Principle of Effectiveness:**

The principle of effectiveness operates, in international law, as a criterion for defining particular facts which may have specific legal consequences<sup>(1)</sup>. The criterion apparently works more in the field of acquisition of title to territory than in any other field of international law, although in specific cases it operates in conjunction with the other relevant principles, such as sovereignty, conquest and recognition.

The application of this principle to Iran's claims requires that Iran must establish reliable evidence that she effectively controlled the three islands by means of occupation or prescription before the 30th of November 1971, the time of Iranian conquest of these islands, until then she would be regarded as acquiring title to the islands by the principle of effective control. Since: "the continuous and peaceful display of territorial sovereignty ... is as good as title"<sup>(2)</sup>. Yet, sovereignty has to be exercised by Iran with the intention of seeking control, although such intention may only be realized after the lapse of a certain time. If Iran relied on her claims on this principle, the amount of the Iranian effective control of the islands is varied with regard to the circumstances of the disputes, such as the geographical nature of the islands and the existence, or not, of the counter-claims presented by rival states, such as Sharja and Ras al - Khama, as well-established by Judge Huber in the island of Palmas Case<sup>(3)</sup>,

---

(1) De Visscher. C. Theory and Reality In public International Law, 1968, pp. 3, 8; Kelsen. General Theory of Law and State, 1949. p.420.

(2) Island of Palmas case, R.I.A.A., 1928,2, pp.829,839.

(3) IBID. PP. 829, 840.

territory under contemporary international law <sup>(1)</sup>. It is well-established that such principles cannot, by themselves, create a title to territory as emphasized in the Islands of Palmas Case<sup>(2)</sup>. In this case, the arbitrator stated that: "... it is impossible to show the existence of a rule of positive international law to the effect that islands situated outside territorial waters should belong to a State from the mere fact that its territory forms the *terra firma* (nearest continent or island of considerable size)". The only legal relevance of these principles, in the case of the Iranian claims of sovereignty over the three islands, is : "Contiguity is no more than evidence raising some sort of presumption of effective occupation; [ by Iran ] a presumption that may be rebutted by better evidence of sovereign possession by a rival claimant [such as the two emirates ]"<sup>(3)</sup>.

The principles of contiguity and of historical continuity can only be taken into account by an international tribunal, when there is genuine doubt about the effectiveness of a state's control over the disputed territory, since then in this case the principles may constitute evidence of effective control by the claimant state, i.e. Iran. This doubt, however, was removed, in the case of the Iranian claims of sovereignty over the three islands, by the mere fact that Sharja and Ras al-Khaima had exercised *de facto* sovereignty over the three islands before the Iranian occupation of the islands in 1971; an occupation which may be taken by Iran as constituting evidence of its effective control of the islands.

---

(1) Jennings. The Acquisition of Territory, opcit, p.76.

(2) U.N. Reports of International Arbitral Awards, hereinafter refer to as : (R.I.A.A.) 1928, II, p. 829, 854.

(3) Jennings. The Acquisition of Territpry, opcit, p.75; the Eastern Greenland Case, opcit, pp. 45-52.

known from ancient times <sup>(1)</sup>.

- **Acquisitive Prescription:** acquisitive prescription indicates the acquisition of title to the three islands by Iran through a long-continued and undisturbed possession <sup>(2)</sup> ; legal requirements negated by continuous counter-claims maintained by the two emirates.
- **A Newly Independent State :** Iran is an old state; only a newly independent state's recognition coves its title to territory so that this mode is more applicable to the two emirates than to Iran.

### **2.1.2. Application of the Other Principles of International Law to Iran's Claims of Sovereignty Over the Three Islands:**

#### **2.1.2.1. Historical Title and Geographical Contiguity :**

It may be recalled that Iran alleged that : "for more than a century, beginning in 1770 British maps marked the Tunb islands as being Persian ... these islands ... formed part of a group of islands virtually constituting an archipelago, all of which has always been part of Iran"<sup>(3)</sup>.

It is self-evident in this passage that Iran based her claim of sovereignty over the islands on the so-called principles of geographical contiguity, and of histotical continuity in traditional international law, both of which have become obsolete as modes of acquisition of title to

- 
- (1) Accretion usually occurs as a result of the increase of land by new formations, while cession of territory occurs by agreement between two states, Oppenheim, A. International law 1955, pp.563, 547 respectively.
  - (2) In the requirements and origin of prescription, see: Jennings, R. The Acquisition of Territory in International Law, Manchester University Press, 1963, p.20
  - (3) See : statement made by the representative of Iran, S.C.O.R., 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, paras. 212, 215, p. 18.

territorial sovereignty over them at any period of time before the Iranian occupation of the three islands on the 30th of November 1971.

### **2.1.1. Application of the Principles of Acquisition of Title to Territory in International Law to Iran's Claims of Sovereignty Over the Three Islands :**

Acquisition of title to territory in international law occurs through modes and is regulated by certain rules of international law. Any claim of sovereignty over a territory must prove that title to the territory concerned has been acquired through any one of these modes. These modes are : occupation, cession, accretion, acquisitive prescription and newly independent state.

The examination of Iran's alleged title to the islands against these modes shows the following legal conclusions :

- Occupation : Iran has never alleged that she acquired title to the three islands through occupation; and if she has, the requirements of the occupation, as a mode of acquisition of title in international law are not proved to be available in the Iran's claims. Occupation, as a mode, only gives title to the occupant in respect of *terra nullius* territory, while the three islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima when Iran first raised her claims until she occupied the three islands by force in 1971.
- Cession : the claim also cannot be based on cession, since there is no treaty concluded between the two Emirates and Iran to transfer title to the three islands to the latter.
- Accretion : the islands did not come into existence through accretion of the Gulf, since they have been



**2.1. Application of the Principles of Acquisition of Title to Territory and Other Principles of International Law to Iran's Claims of Sovereignty Over the Three Islands :**

Iran has claimed territorial sovereignty over the three islands in accordance with certain legal grounds, while the islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima. As there are intimate relations between territorial sovereignty and title to territory in international law, these legal relations require that Iran's title to the three islands must firstly be proved at any time before the Iranian occupation of the islands, in accordance with international law, before any exercise of territorial sovereignty over the islands by Iran. Iran's title to the three islands means the fullest extent of competence that can be exercised by Iran over the islands<sup>(1)</sup>, only in this sense her title operates *erga omnes*.

Iran could only reach this stand by establishing beyond doubt its acquisition of title to the islands through any one of the five modes of acquisition of title to territory, recognized by contemporary international law, and moreover, prove that she effectively and peacefully controlled the three islands without objection from any other state or states. If all these principles of international law were established by Iran, she would meet the burden of proof required and her claims transferred into a real exercise of territorial sovereignty, even though the islands were under the *de facto* sovereignty of the two emirates. Therefore, we will apply the modes of acquisition of title to territory, and then the principle of effective control to Iran's claims of sovereignty over the three islands in order to see whether Iran acquired title to the three islands and controlled them effectively and exercised

(1) Cf. Eastern Greenland Case, Permanent Court of International Justice, hereinafter refer to as : (P.C.I.J.), 1933, Ser.A/B, No.53, p.46.

of the Iranian occupation of the islands, Ras al-Khaima was under British protection, and thus Great Britain was legally responsible to defend any part of Ras al-Khaima's territory against any foreign aggression <sup>(1)</sup>.

From what has been presented in the arguments of Sharja and Ras al-Khaima regarding the issue of title to the three islands, it can be concluded that the two emirates have potentially emphasised that the three islands had been historically recognized as parts of the territory under their continuous sovereignty. In addition, the international recognition of the U.A.E., as a newly independent state, covers the recognition of their title to the three islands. Thus, the bases of the two arguments are now defined, but none of them can legally be balanced except by the examination of each basis against the overruling principles of contemporary international law.

## **2. Application of the Prevailing principles of International Law to the claims and Counter-Claims:**

Since all states, Iran on the one hand, and Sharja and Ras al-Khaima (now included in the U.A.E.) on the other, claimed sovereignty over the three islands, one should examine the grounds upon which each claim is founded against the principles of international law governing the acquisition of title to territory. It may be, however, more justifiable, once again, to begin with the Iranian claims, since they were launched while the three islands were in the possession of the two emirates. It follows that the onus of proof is on Iran's part to support her claims by the overruling principles of international law governing the acquisition of title to territory.

---

(1) The Times, 10 April 1974 .

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

carried out her claims on 30 November 1971 by sending her troops to occupy the two Tunb islands one day before the termination of the Treaty of Protection between Ras al-Khaima and Britain.

Subsequently, the Iranian occupation of the two Tunb islands was strongly opposed by the Arab states, and the Security Council on 9 December 1971 held a session regarding the situation in the Gulf <sup>(1)</sup>. At this time, the representative of the United Arab Emirates described the Iranian occupation as constituting : unjustified action historically and judicially, and as running contrary to the Charter of the United Nations. <sup>(2)</sup> He added that: "the British government itself has on numerous occasions stated its belief that these islands were Arabs and that the Iranian claims to them was not based on any legitimate historical or legal basis" <sup>(3)</sup> . One of the Arab states whose representative criticized the Iranian action was the representative of Kuwait. He argued that Iran: "could refer the case to the International Court of Justice or accept arbitration. But all our bids for a peaceful solution were turned down, Iran cannot adjust itself, apparently, to the undisputed fact that these islands have always been Arab islands and that the continuation of the free passage through the Strait of Hormuz is not only essential to Iran's economic life but also equally essential and vital to Kuwait.." <sup>(4)</sup> .

All Arab states blamed Britain for her inconsistent attitude towards the occupation on the grounds that at the time

---

(1) S.C.O.R., 1971, Supplement for October, November and December, 1971, p.78.

(2) S.C.O.R., 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, para. 266. p.23.

(3) *ibid*, para. 271.

(4) S.C.O.R., 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, para. 134, 135, p.12.

of the unification of the seventh Arab emirates, including Sharja, has in every occasion invited Iran to withdraw her forces from the island. This position may be construed as implying the application of the principle of *clean slate*<sup>(1)</sup> to the agreement, as one of the unequal treaties<sup>(2)</sup>. Accordingly, the U.A.E. did not succeed to the obligations embodied in the agreement. The agreement was also opposed by the Arab states on the grounds that the then Sheykh of Sharja entered into the agreement under duress<sup>(3)</sup>; a fact which is clearly evidenced by the Iranian attitude towards the Ruler of Ras al-Khaima who refused to enter into any agreement with Iran regarding the two Tunb islands.

#### **1.2.2.2. Ras al-Khaima:**

As historical facts, the two Tunb islands were under the direct sovereignty of the al-Qawasim Rulers, to which the Ruler of Ras al-Khaima relates a *status quo* was recognized by Britain upon her entrance to the Gulf in 1820, a long time before Iran launched her claims of sovereignty over the islands. Later, when Iran raised her claims at the beginning of this century, Ras al-Khaima backed by Britain had continued to reject the claims. A different attitude, however, was adopted by Britain upon the declaration of her intention to withdraw from the Gulf at the end of 1971, since she had insisted that the Ruler of Ras al-Khaima negotiate the issue with Iran, despite the latter's demand that her alleged rights in the islands to be decided in her favour, and therefore, used this claim as a pretext for non-recognition as a newly independent state of the Union among the seventh emirates. When all of this pressure had failed to enforce the Ruler to enter into an agreement similar to that of Sharja, Iran

---

(1) For more details about the principle of clean-slate (*tabula rasa*), see: Makonnen, Y. International Law and the New States of Africa, 1983, p.132.

(2) Chen, L. State Succession Relating to Unequal Treaties, 1974.

(3) M.E.E.S., No.6, 3 December 1971, p.2.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

- "(a) The security interests of a country cannot under any circumstances justify the occupation of another's territory, nor can the protection of sea routes be used as an excuse for claiming sovereignty over an island belonging to another state.
- (b) Abu Musa has no military importance in the strategic sense, since it is well known that Iran possesses the most modern aircraft and most powerful naval units and can therefore cover any area of the Arabian Gulf with its modern weapons without making use of Abu Musa. Moreover, Iran has seized the island of Sirri, only some twenty miles distance from Abu Musa, and, assuming its object is security and protection of sea routes, is capable of doing so from this island or other Iranian islands at the entrance of the Gulf, which forms a bottleneck known as the Straits of Hormuz"<sup>(1)</sup>.

As mentioned above, Britain, as the protecting state of Sharja, paid intensive effort to mediate between Iran and Sharja in order to reach an acceptable solution to the dispute. The result was no more than the conclusion of an agreement embodied in a "Memorandum of Understanding" concerning the future arrangements of Abu Musa and its territorial waters<sup>(2)</sup>, which did not completely abolish the sovereignty of Sharja over the island. The legality of the memorandum, however, has always been internally and externally challenged. It was domestically rejected, as was seen by the prompt change of Sharja's Ruler. The new ruler announced on 2 February 1972 that he would seek a new understanding with the Iranian government<sup>(3)</sup>. Moreover, the United Arab Emirates, which came into existence as a result

(1) *ibid.*

(2) M.E.E.S., No.6, 3 December 1971, p.4.

(3) M.E.E.S. No.15, 5 February 1972, p.4.

principles against the Iranian arguments.

### **1.2.2. Background of the Emirate's Counter-Claims:**

The Iranian claims and occupation were firstly directed to Abu Mosa Island, which belongs to Sharja and subsequently to the two Tunb Islands, when they were under the sovereignty of Ras al-Khaima. Sharja followed by Ras al-Khaima, has firmly counterclaimed that Iran has never at any time effectively controlled the three islands in the sense of international law.

#### **1.2.2.1. Sharja:**

Sharja, however, met the new developments of the Iranian claims by negating the basis upon which the claims were founded and emphasizing the recognition of her own sovereignty over Abu Mosa Island. In her response, she asserted that Abu Mosa Island "has since ancient times been recognised as an Arab island, and has never before been settled by any foreign power, having always been administered by its Arab rulers along the Omani coast...". The British government affirmed this historical right of the Arabs and of Sharja specifically on every occasion, and stated its official view through Sir William Luce, the representative of the British Foreign Secretary in the Gulf area, with the words: "The British Government did not seize Abu Musa from the Iranians and hand it over to Sharjah at the time of its entry into the Gulf. The British Government has since its entry into the Gulf considered Abu Musa to be Arab, and according to old documents in possession of the British Government the island was Arab..."<sup>(1)</sup>. Sharja also added in her response to the Iranian claims that:

---

(1) For more details about these claims see: Albaharna. The Legal Status of the Arabian Gulf States, opcit, p.343.

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

Understanding, which was concluded between Iran and Sharja on the 29th of November 1971, by 24 hours, the Iranian troops landed on and occupied the Greater and Lesser Tunb Islands and hoisted the Iranian flag there, justifying the action as merely restoring her sovereignty on the islands, which had been occupied for eighty years by: British imperialist forces<sup>(1)</sup>.

The Iranian Senator, Abbas Mas'udi<sup>(2)</sup> reiterated the bases of the Iranian claims arguing that :

- all geographical maps show the Tunb Island in the same colour of the other parts of the Iranian territory.
- the two Tunb Islands are closer to Iran than to Ras al-Khaymah.
- Iran had consistently protested against the British occupation of the islands and this protest had never been rejected by Britain.
- the Iranian and British governments consulted each other on the basis of Iran's rights in the islands after the latter's withdrawal of her territorial claim to Bahrain .
- the islands should be in Iranian's possession, since they are of paramount importance from the strategic point to Iran and to the Gulf region.

It may be concluded that the Iranian claims are based on the principles of historical title, geographical contiguity, recognition and factual conquest. However, Iran has not defined the mode by which she acquired title to the three islands. Yet, Sharja and Ras al-Khaima have constantly, before and after the Iranian occupation of the islands, maintained counter-claims based on certain facts and legal

---

(1) Statement of the then Iranian Premier A. A. Hoveyda, Ramazani, R. The Persian Gulf: Iran's Role, University press of Virginia, 1972, pp.56-8 .

(2) He was the cheif editor of Teheran Ettelaat, Amin. International and Legal Problems of the Gulf, opcit, p.163 ff.

claim of sovereignty over the island as emphasized by the memorandum itself. Accordingly, it was agreed that the Iranian troops would station on certain areas of the island as shown in the map attached to the memorandum, over which Iran was given full jurisdiction and the right to fly her flag. Similarly, Sharja was given a full jurisdiction in the remainder of the island and the right to fly her flag over the police post <sup>(1)</sup>. The revenues accruing from oil exportation were equally divided between Iran and Sharja and Iranian and Sharja nationals shared equally fishing rights in the territorial sea of Abu Mosa <sup>(2)</sup>.

It may be concluded from the memorandum experience, however, that Iran found this kind of solution was not effective in enforcing her claim of sovereignty over Abu Mosa Island. Therefore, in her next step, regarding the two Tunb islands, she embarked upon a different policy.

#### **1.2.1.2. Greater Tunb Island and Lesser Tunb Island:**

Similarly, Iran claimed sovereignty over the two Tunb Islands alleging that: "for more than a century, beginning in 1770, British maps marked the Tunb islands as being Persian... these islands... formed part of a group of islands virtually constituting an archipelago, all of which has always been part of Iran" <sup>(3)</sup>.

These claims coincided with threats that Iran would carry them out even by force, regardless of the treaty of protection between Britain and Ras al-Khaima, which was still in effect. After the announcement of the Memorandum of

---

(1) *ibid.*

(2) *Ibid.*

(3) See : statement made by the representative of Iran, Security Council Official Records, hereinafter refer to as : (S.C.O.R), 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, paras. 212,215,p.18 .



## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

recognizing the Iranian ownership of the island. Moreover, it was claimed that the Iranian extension of sovereignty over the island was necessitated and justified by the maintainance of the security of the Gulf area<sup>(1)</sup>.

The flexible position of Britain towards the new Iranian claims encouraged the Iranian government to become more insistent, as evidenced on 19 May 1970, before the real withdrawal of Great Britain from the Gulf, when the Iranian government informed Her Majesty's government that she considered the island of Abu Mosa and its territorial waters extending to 12 miles to be under her sovereignty<sup>(2)</sup>.

No positive stand was taken by the British government to put an end to the threats directed against the territorial integrity of the vulnerable British protected emirate of Sharja, but rather the British government made an intensive effort to mediate between Iran and Sharja in order to reconcile their differences over the ownership of the island. This effort did not achieve much success, other than exerting heavy pressure on Sharja to conclude with Iran the so-called (Memorandum of Understanding) on 29 th of November 1971, concerning the future arrangements of Abu Mosa and its territorial waters<sup>(3)</sup>.

The examination of the memorandum, however, shows that it does not provide any solution to the issue of sovereignty over Abu Mosa island. No cession, recognition of title or transfer of sovereignty of any kind was recognized by any party to the memorandum. Each party reserved its

---

(1) See the Memorandum presented by Sharja to the Arab states concerning Abu Mosa island on 23rd August 1971, Middle East Economic Survey, hereinafter refer to as : ( M.E.E.S.), 3 December 1971, No.6, p.4.

(2) El-Hakim. The Middle Eastern States and the Law of the Sea, opcit, p.122.

(3) M.E.E.S., No.6, 3 December 1971, p.4.

#### 1.2.1.1. Abu Mosa Island :

since the arrival of Shah Mohammad Reza Pahlavi to the government of Iran, this state has embarked on an irredentist policy, in which it has claimed sovereignty over islands and areas of its neighbouring Gulf states on the basis of respect for the territorial integrity of its pre-British territorial extent. Relying on the map which was prepared by the Royal Geographical Society in 1892, Iran has insisted that the island of Abu Mosa is an integral part of her territory<sup>(1)</sup>, She contended that following British occupation of the island, Britain handed it over to Sharja, despite the fact that previously, Britain had recognized Iran's ownership of the island.

A significant development in the form and extent of the claims occurred upon British declaration of her intention to withdraw from the Gulf at the end of 1971, when Iran on several occasions had threatened to restore her alleged title to the island even by force without due regard to her recognition of Sharja and of the principles of international law as embodied in the United Nations Charter. In December, 1969, the occasion of granting an offshore concession to the Buttes Gas and Oil Company 1969 by the Ruler of Sharja, Iran reiterated her claims through the National Iranian Oil company (N.I.O.C.) . The company on 23 June 1970, submitted a letter to the Buttes Gas and Oil Company informing her that Iran reserved : " the right to take any action whatsoever to maintain its sovereignty over the Island of Abu Mosa and its territorial waters". Iran justified the new developments in her claim by stating that : she handed over the island to Sharja when Great Britain became predominant power in the Gulf and the protecting state of Sharja, though the British government continued

---

(1) Amin, S. International and Legal problems of the Gulf, London, 1981, p. 161.

island. It is about one mile long and 3/4 of mile wide<sup>(1)</sup>.

### **1.2.The Exchange of claims and Counter-Claims of Sovereignty over the Three Islands :**

Upon the discovery of great oil and red iron oxide deposit in the islands, the disputes of sovereignty over them between Iran from one side and Sharja and Ras al-Khaima on the other, had gradually arisen at the beginning of this century onwards. The disputes took the form of claims of sovereignty over the islands presented by Iran, while the three islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima. The two emirates have constantly counterclaimed the Iranian claims before and after the Iranian occupation of the islands at the end of 1971.

It is, therefore, of paramount importance, for the purpose of this study, to restate the backgrounds of the claims and of the counter-claims and to balance the two main arguments in order to reach certain legal grounds, which can be examined against the most prevailing principles of international law governing the acquisition of title to territory. The investigation begins with the definition of the legal basis of the Iranian claims, since it had been raised while the islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khama, followed with those of the two emirates' counter-claims.

#### **1.2.1. Background of the Iranian claims :**

it is for convenience and for more careful examination one may throw some light on the development of the Iranian arguments with regard to the island of abu Mosa, and then with regard to the two Tunb islands.

---

(1) *ibid.*

near the mouth of the Strait of Hormuz. It lies approximately 35 miles off the coast of the United Arab Emirates (Sharjah); and approximately 43 miles off the Iranian coast<sup>(1)</sup>.

The island possesses a surface area of approximately 35 square miles<sup>(2)</sup>. It has a population of some one thousand, five hundred persons, and the majority of them are related to the Arab tribes living along the Omani Coast.

The island is surrounded by deep water providing good anchorage and contains in its surface extensive deposits of red iron oxide<sup>(3)</sup>.

#### **1.1.2. The Greater Tunb Island :**

The Tunb island lies 20 km from Ras al-Khaimah, one of the members of the United Arab Emirates and about 17 miles from the Iranian island of Qeshm. The island of Qeshm is 60 miles long and is separated from the Iranian mainland by the narrow and intricate Clarence Strait.

The Greater Tunb island has a surface area of approximately 9 square Kilometers, and is populated by around two hundred persons<sup>(4)</sup>, most of them are of Arabian origins as those of the Abu Mosa population.

#### **1.1.3. The Lesser Tunb Island :**

This island is located about 90 km far from the coast of Ras al-Khaima. It also lies 8 m West from the Greater Tunb

---

(1) El-Hakim, A. The Middle Eastern States and the law of the Sea, 1979, p.122.

(2) Al-Arabi Magazine, October 1968, issue No.119, p.38.

(3) Al-Feel, Dr. Muhammad. Al-Khalidj al-Arabi fi Muwajahat al -Tahaddiyat, Journal of the Gulf and Arabian Peninsula Studies, hereinafter refer to as: (J.G.A.P.S), October 1976, issue no.8. p.71.

(4) ibid; Al-Arabi Magazine, opcit, p.42.

in accordance with the principles of international law"<sup>(1)</sup>. Soon after, the Islamic Republic of Iran vigorously opposed the invitation of the G.C.C. Heads of States by defending her position in the islands and reiterated her claims of sovereignty over them.

Throughout the entire period of the disputes, a few legal studies have hastily come across the description of this issue without toggling it or providing an alternative legal solution. Therefore, it is the main purpose of this study to deeply scrutinize this problem, to balance the argument of each party against the prevailing principles of contemporary international law, and to provide a practical and positive legal mechanism for peaceful settlement of the disputes, if the parties faithfully agree to apply them.

## **1. Location of the Islands and the Exchange of Claims and Counter-Claims of Sovereignty over Them :**

It is pertinent for the purpose of this study to concentrate hereinafter on the distances between the islands and each territory of the disputant states, their surface areas and the ethnic relations between the populations of the islands and those of the disputant states. These elements possess certain legal nexus with the principles of international law governing the acquisition of title to territory. Moreover, these elements will be of some help in assisting the claims and counter-claims of sovereignty over the islands.

### **1.1 Location of the Islands :**

#### **1.1.1. Abu Mosa Island :**

As far as Abu Mosa is concerned, it is an island located

---

(1) Al- Qabas (Newspapers) 23 December 1993; Al Watan (Newspapers) 23 December 1993, p.22.

sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima, before the formation of the U.A.E. Upon the declaration of Great Britain to withdraw from the Gulf at the end of 1971 and before the real withdrawal, Iran tried to carry out her claims though different means. She exerted heavy pressure upon the ruler of Sharja to sign the so-called Memorandum of Understanding on 29th of November 1971 according to which Iranian forces were stationed side by side with Sharja forces in the island of Abu Mosa. The next day, other Iranian forces occupied the two Tunb islands and hoisted the Iranian flag there without the consent of the Ruler of Ras al - Khaima .

After the formation of the U.A.E. and its admission to the membership of the United Nations and to the O.I.C., to which the Islamic Republic of Iran was a member, the government of the U.A.E., in several occasions, invited the Islamic Republic of Iran to settle peacefully the disputes over the islands though the coordinated and very effective mechanism for the settlement of international disputes as embodied in the Charter of these organizations. Until now, these invitations were to no avail. One of these occasions was the G.C.C. 14th session on 23 December 1993, in which the G.C.C. Heads declared that : " The Islamic Republic of Iran should affirmatively respond to the invitation submitted to her by the President of the United Arab Emirates for the assumption of direct negotiation regarding the Iranian occupation of the United Arab Emirates' three islands". The invitation continued, adding that: "The G.C.C. members completely support and absolutely agree with the position of the United Arab Emirates. They also support all procedures and peaceful means, which the United Arab Emirates may rely upon in order to resume her sovereignty over the islands

## POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS

legally binding *erga omnes*, such as the principle of acquisition of title to territory; the principle of territorial sovereignty ; the principle of effective control as evidence of good title to territory; the principle of recognition; the principle that all members of the United Nations shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of others; and the principle that the members of the United Nations shall settle their international disputes by peaceful means.

as an integral part of the international community and of the Islamic world, the Gulf states have recognized the validity and the binding force of these principles, as can be found in many international treaties, which will be mentioned. However, recognition of legal principles is not enough for the replacement of the rule of force by the rule of law in settling international disputes, as can be realized in the practice of these states.

The Gulf states have bitterly experienced the horrible and destructive wars of 1980 and of 1991, the underlying reasons of which were territorial claims and counter-claims, according to which none of these recognized principles had been applied in good faith. Unfortunately, the rise of the imminent danger of a third war can be expected sooner or later, as a result of the building up of the controversy between the Islamic Republic of Iran and the United Arab Emirates (U.A.E.). concerning the sovereignty over the three islands of Abu Mosa, and of Greater and Lesser Tunb<sup>(1)</sup>.

The Iranian claims and the U.A.E.'s counter-claims of sovereignty over the three islands date back to the beginning of this century, when the islands were under *de facto*

(1) Albaharna, H. The Legal Status of the Arabian Gulf States, Manchester University press 1968, p. 304.

## INTRODUCTION :

Although it seems that a positive approach intends to enter the arena of the very well-known controversy arising between naturalist and positivist theories concerning the basis of obligation in international law, we firmly adopt the most prevailing view in international law that the practice of states constitutes wide acceptance and recognition of the validity of international law as an obligatory system without requiring about the very debatable question of the basis of the obligation in international law.

This approach is more practical than theoretical and less controversial, at least with regard to the recognition of the emergence, in state practice, of many obligatory legal principles common to all legal systems of civilized nations. For instance, in the age of international organization, international law and Islamic law have exchangeably intermingled and interacted<sup>(1)</sup>, as a result of the participation of many Islamic states in the membership of the United Nations and its specialized agencies; and the establishment of many Islamic international Organizations by the same states such as the Islamic Conference organization <sup>(2)</sup>(I.C.O.) and the Arab League. Many modern legal principles, relating to international and Islamic law, have emerged from this very process of interaction and have become

---

(1) See: professor David De Santillana, on praising Islamic law and pointing out the contribution of it to the European law, in Schacht, J. and Bosworth, C. (eds) *The Legacy of Islam*, Oxford 1974, p.309; Marcel Boisard stated that the influence of Islamic ideas and legal principles in the founders of Modern international law is far from remote, Boisard, M. On the Probable Influence of Islam on Western and Public International Law, *International Journal of Middle East Studies*, hereinafter refer to as: (I.J.M.E.S.) , 1980, vol.II, p.429 .

(2) On the Charter of the Islamic Conference Organization, see: U.N.T.S., vol . 914, p.111-116 .





***POSITIVE APPROACH  
TO THE DISPUTES OVER  
THE THREE ISLANDS :  
ABU MOSA, TUNB AL-KUBRA AND  
TUNB AL-SUGHRA***

By

*Dr. Medwis AL- Rashidi\**

---

*\* Teacher of Human Rights and the Law of the sea at Kuwait University -  
Faculty of Law .*

- 1- The Journal of Sharia and Law publishes original and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Figh) and the law.
- 2- The Contributions may be written in Arabic, or in English or in French.
- 3- The Contributions should be between 5,000 and 10,000 words ( 16 - 32 pages of A - 4 ) excluding lists of references.
- 4- The Contributions must not be part of a Ph.D or an MA thesis, and must not have been published before in any form or Submitted for Publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.
- 5- The authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited Properly .
- 6- The Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.
- 7- The Contributions should be free from linguistic and spelling errors.
- 8- The Contributions should be typed. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.
- 9 - The authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .
- 10 - All Contributions are subject to review by outside readers.
- 11 - The authors will be notified within two months from the date of the receipt of their articles by the editorial board, whether their work has been accepted or not.
- 12 - The academic Departments of the Faculty of Sharia and Law have established a list of readers for reviewing the articles submitted to the journal. The list is subject to the approval of the editorial board of the journal, and the readers of the articles are paid an honorarium, in accordance with the rules applied by the UAE University .
- 13 - the editorial board of the journal, in deciding which articles will be published , it takes into account the importance of the topics to the UAE, and the diversity of the views represented in the journal.

## **The Objectives and Publishing Rules of the Journal of Sharia and Law**

### **(a) The objectives of the Journal :**

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is Published once a year and the articles published in the journal are reviewed by outside readers from well Known univrsities in the World.

#### **The objectives of the journal are as follows :**

- 1- Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia ( Islamic Law ) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.
- 2- Strengthening The academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the World.
- 3 - Analyzing contemporary issues within the framework of the sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic Nations.
- 4- Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of sharia and law , and in the dissertations submitted to Arab Universities, and other universities in the rest of the world as well as conferences and siminars dealing with human and environmental Problems. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides also a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .
- 5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

### **(b) Publishing Rules :**

With respect to the publishing rules of the Journal of Sharia and Law of the UAE University, they are as follows :



# Contents

- ❑ **The Objectives and Publishing Rules of the Journal .....** A - B
- ❑ **Protection of debts under Islamic Jurisdiction.**  
by Dr.Mohammad Othman Shebair ..... 15-90
- ❑ **Status on Killing of Civil Fighters participating In Fighting Against Muslims.**  
by Dr. Hassan Abdul Ghani Abu Ghuddah ..... 91-117
- ❑ **Defandant, and the Phenomenon of Slacknes in Litigation.**  
by Dr. Ahmed Sedky ..... 119-248
- ❑ **The Jordanian Public Employee and the Right Join Political Parties.**  
by Dr. Ali Khttar Shtnawy ..... 249-299

## **Studies in English Language :**

- ❑ **Positive Approach to the disputes over the three Islands : Abu Mosa, Tunb Al- Kubra and Tunb Al- Sughra**  
by Dr. Medwis Al- Rashidi ..... 1-56



***Editorial Board :***

Prof. Mhammad Abu al ula Akida Editor -in- Chief

Dr. Butti Sultan AL-Muhairi      deputy of Editor -in- chief

Prof. Abdul Nassir Al-Attar      Member

Dr. Jassim Ali Salim Al Shamsy   Member

Dr. Najeeb Abdul Wahab Ahmed   Member





*IN THE NAME OF  
GOD  
MOST GRACIOUS,  
MOST MERCIFUL*





The United Arab Emirates University

# **THE JOURNAL OF SHARI'A AND LAW**



" A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION "

**Protection of debts under Islamic Jurisdiction.**

**Status on Killing of Civil Fighters Participating in Fighting  
Against Muslims.**

**Defendant, and the Phenomenon of Slackness in Litigation.**

**The Jordanian Public Employee and the Right Join Political  
Parties.**

**Positive Approach to the Disputes over the three Islands.**

ISSUE NO 10/ GAMADA EL THANI/RAJAB 1417 - NOVEMBER 1996